

26

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 203/75

URTEIL

Verkündet am
11. November 1976
Kaufmann,
Justizsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Architekten BDA Hanns G [REDACTED], Müllerweg [REDACTED],
D[REDACTED]-W[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

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

gegen

Frau Irmgard G [REDACTED] geb. Sch[REDACTED], H[REDACTED]allee [REDACTED],
D[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 11. November 1976
durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter
Dr. Schulze, Dr. Bauer, Bundschuh und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird
das Urteil des 8. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts Hamm vom 7. Juli 1975
aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung - auch über die
Kosten des Revisionsverfahrens - an das
Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Sache befindet sich zum zweitenmal im Revisions-
rechtszug. Wegen des Sach- und Streitstandes wird auf
das Senatsurteil II ZR 112/71 vom 29. Mai 1972 verwiesen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten,
den das Landgericht zur Zahlung eines anteiligen Netto-
mietertrages von 12.969,80 DM nebst Zinsen verurteilt
hatte, erneut zurückgewiesen. Mit der Revision, deren
Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt er seinen
Klagabweisungsantrag weiter.

- 3 -

Entscheidungsgründe:

Die Sache muß an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, weil dieses entgegen dem Antrag des Beklagten auf S. 2 des Schriftsatzes vom 27. Januar 1975 (GA Bd. III Bl. 156) nicht den Rechtsanwalt und Notar Dr. A. über die Behauptung vernommen hat, ihm gegenüber habe die Klägerin über die getroffene Regelung geklagt, wonach sie vor dem Ableben des Beklagten an den Erträgen der beiden gemeinschaftlichen Grundstücke keinen Anteil haben solle und sie erst als alte Frau etwas von ihrem Miteigentum haben werde.

Das Berufungsgericht hat diesen Beweis nicht erhoben, weil in das Wissen des Zeugen nichts gestellt worden sei, wozu er sich nicht bereits bei seiner Vernehmung im ersten Berufungsverfahren geäußert habe. Auch bedürfe es einer erneuten Vernehmung des Zeugen nicht etwa deshalb, weil seine frühere Aussage nur in einem Aktenvermerk der damaligen Berichterstatterin (GA Bd. I Bl. 190) festgehalten worden sei; denn beide Parteien seien von der Richtigkeit dieses Vermerks ausgegangen.

Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht in seiner neuen Besetzung - der Bundesgerichtshof hatte durch sein erstes Urteil die Sache an einen anderen Senat zurückverwiesen - den Zeugen selbst hätte vernehmen müssen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gemäß § 161 ZPO a.F. brauchte allerdings die damalige, vor dem Prozeßgericht gemachte Aussage des Zeugen, nicht in das Protokoll aufgenommen zu werden. Vielmehr genügte es, daß die Berichterstatterin sie in einem den Parteien mitgeteilten Aktenvermerk festhielt. Aus der Begrenzung der Fälle, in denen auf die Aufnahme einer Aussage in das Protokoll verzichtet werden konnte - die neue Fassung des § 161 ZPO ist noch enger - ergab sich aber andererseits, daß eine nur in einem Aktenvermerk festgehaltene Aussage dann nicht ausreichte (und auch heute nicht ausreicht), wenn andere Richter als die, welche den Zeugen vernommen und dabei den unmittelbaren Eindruck von ihm gewonnen hatten, nunmehr die Aussage würdigen müssen (BGH Urt. v. 21. 11. 1960 - VII ZR 235/59 = LM ZPO § 355 Nr. 6 m. w. N.). Andere Richter dürfen deshalb eine derartige Aussage nur dann verwerten, wenn beide Parteien sie in der Weise gelten lassen wollen, als sei sie als solche vor der neuen Richterbank gemacht worden, wenn also beide mit der urkundenbeweislichen Benutzung des Aktenvermerks einverstanden sind (ebenso im Ergebnis RG HRR 1940 Nr. 1258; BGH LM ZPO § 355 Nr. 6; BGH Urt. v. 8.11.1951 - IV ZR 35/51 = LM BGB § 1421 Nr. 1).

Das ist hier nicht der Fall gewesen. Vielmehr hatte der Beklagte ausdrücklich die Vernehmung des Zeugen vor dem neu besetzten Prozeßgericht beantragt. Schon dieser Antrag hätte zu einer entsprechenden Beweisanordnung genötigt. Bei ihm handelte es sich nicht etwa um einen Antrag auf wiederholte Zeugenvernehmung, über den das

Berufungsgericht gemäß § 398 ZPO nach seinem Ermessen hätte befinden können, sondern um einen neuen Beweis-
antrag; denn eine den Erfordernissen der §§ 160, 162 ZPO
(alter wie neuer Fassung) entsprechende Zeugenaussage
lag noch nicht vor (vgl. für eine zwar protokollierte,
aber in einem früheren Verfahren gemachte Aussage
BGHZ 7, 116, 122).

Darauf, daß das Berufungsgericht es prozeßordnungs-
widrig unterlassen hat, den Zeugen zu vernehmen, kann
das angefochtene Urteil auch beruhen. Daß der Akten-
vermerk die damalige Aussage des Zeugen richtig und
vollständig wiedergibt, ist insoweit ohne Belang. Bei
einem Vergleich mit diesem Vermerk ist der Vortrag des
Beklagten im Schriftsatz vom 27. Januar 1975 dahin zu
verstehen, daß der Zeuge die Frage, ob die Klägerin von
einer "getroffenen Regelung" oder "Vereinbarung" ge-
sprochen habe, in einem dem Beklagten günstigeren Sinne
beantwortet werde, als damals geschehen. Insofern ging
sein Vortrag über die - auch im Wege des Urkundenbeweises
nicht verwertbare - frühere Aussage des Zeugen hinaus.
Schon das nötigt zu der Annahme, daß der gerügte Ver-
fahrensverstoß für die Klagabweisung ursächlich gewesen
sein kann.

Auf die übrigen, von der Revision erhobenen Rügen braucht nicht mehr eingegangen zu werden, da das Berufungsgericht nach der Vernehmung des Zeugen Dr. Arens die für oder gegen die von dem Beklagten behauptete Vereinbarung sprechenden weiteren Hilfstatsachen ohnehin erneut zu würdigen haben wird.

Stimpel Dr. Schulze Dr. Bauer Bundschuh Dr. Skibbe