

33

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO § 398

- a) Die erneute Vernehmung eines in erster Instanz gehörten Zeugen ist erforderlich, wenn das Berufungsgericht der Niederschrift über seine Aussage eine vom Wortsinn abweichende, die Entscheidung aber tragende Auslegung geben will, obwohl der Erstrichter die Stelle nicht in diesem Sinne verstanden hat.
- b) Eine erneute Vernehmung ist ferner dann geboten, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Zeuge in der Zwischenzeit neue Erkenntnisse gewonnen hat, die für die Entscheidung des Rechtsstreits ausschlaggebend sein können.

BGH, Urt. v. 12. Dezember 1984 - IVa ZR 216/82 OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 216/82

URTEIL

Verkündet am
12. Dezember 1984
Hellmann,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma L [REDACTED] T [REDACTED] gesellschaft P.H. S [REDACTED] u.
S [REDACTED] KG, I [REDACTED] Straße [REDACTED], M [REDACTED], vertreten
durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter Heinrich D [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Beklagte und Revisionsklägerin,
Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma Dr. Werner M [REDACTED] KG, H [REDACTED] Straße [REDACTED], M [REDACTED],
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter
Dr. Werner M [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Klägerin und Revisionsbeklagte,
Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

- 2 -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 1984
durch die Richter Rottmüller, Dr. Lang, Dehner, Dr. Zopfs
und Dr. Ritter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts München vom 13. Oktober 1982
aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen.

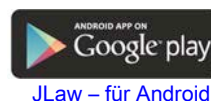
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte hat am 8. Juli 1981 einen Teil
eines in M■■■■ G■■■■, R■■■■-B■■■■-Straße gelegenen
Grundstücks (ca. 1.860 qm Hallen- und Rampenflächen auf der
Nordwestseite des Grundstücks; ca. 460 qm Büro- und
Sozialräume; ca. 600 qm asphaltierte Park- und Ladefläche;
ca. 3000 qm Freifläche) zum monatlichen Mietzins von
23.000,- DM gemietet.



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



Die Klägerin beansprucht für dieses Geschäft Maklerlohn. Sie behauptet, der persönlich haftende Gesellschafter D. der Beklagten habe die später angemietete Fläche am 22. Januar 1981 zusammen mit dem für die Klägerin tätigen Zeugen K. besichtigt. Vor der Abfahrt zur Besichtigung habe Herr K. auf dem Hofe des Firmengeländes der Beklagten zu Herrn D. gesagt, für die Klägerin werde die übliche Provision von 2 Monatsmieten anfallen; D. habe zustimmend geantwortet und erklärt, Kauf- oder Erbpacht sei ihm lieber als Miete.

Die Beklagte räumt ein, daß ihr persönlich haftender Gsellschafter zusammen mit dem Zeugen K. zu dem genannten Grundstück in M. G. gefahren sei; dabei sei jedoch lediglich eine Halle besichtigt worden, die nicht zu der später angemieteten Fläche gehört. Die Besichtigung habe frühestens am 27. Januar 1981 stattgefunden.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung einer Maklerprovision in Höhe von zwei Monatsmieten zuzüglich 13% Mehrwertsteuer = 51.980,- DM sowie zu 16,5% Zinsen seit Klageerhebung verurteilt. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit ihrer Revision verfolgt sie ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Entgegen der Auffassung der Revision entspricht der Tatbestand des Berufungsurteils den gesetzlichen Vorschriften. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll im Tatbestand das Parteivorbringen nicht in allen Einzelheiten wiedergegeben werden; das Gericht soll sich vielmehr darauf beschränken, den Sachvortrag der Parteien in Umrissen darzustellen und im übrigen von der Verweisung auf Schriftsätze Gebrauch machen (§ 313 Abs. 2 ZPO). Diesem gesetzlichen Leitbild entspricht der Tatbestand des Berufungsurteils. Im letzten Absatz des Tatbestandes hat das Berufungsgericht auf die in der zweiten Instanz gewechselten Schriftsätze sowie auf das erstinstanzliche Urteil Bezug genommen. Dieses wiederum enthält eine Verweisung auf den "Akteninhalt", insbesondere also auch auf die erstinstanzlichen Parteischriftsätze. Es ist daher so anzusehen, als ob der gesamte schriftsätzliche Parteivortrag im Tatbestand dargestellt worden wäre; die Beweiskraft des § 314 ZPO erstreckt sich demnach auf sämtliche, in den Schriftsätzen enthaltenen tatsächlichen Ausführungen.

Zu Unrecht beruft sich die Revision auf die Entscheidungen BVerfGE 11, 218, 220; 42, 364, 367. Auch aus BVerfGE 22, 267, 274 kann die Revision nichts für ihren Rechtsstandpunkt herleiten. Bei der heutigen Fassung des § 313 ZPO kann aus dem Umstand, daß ein

Gericht eine bestimmte Behauptung nicht ausdrücklich im Tatbestand erwähnt, nicht gefolgert werden, daß es diese Behauptung nicht zur Kenntnis genommen und nicht in Erwägung gezogen habe.

2. Die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht unter Berufung auf § 543 Abs. 1 ZPO weitgehend auf eine eigene Begründung seiner Entscheidung verzichtet hat. Sie bemerkt zutreffend, daß diese Vorschrift insoweit keine Anwendung finden könne, als der Berufungskläger neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel vorgebracht hat; insoweit könne das angefochtene Urteil keine Gründe enthalten, denen das Berufungsgericht folgen könnte. Sie meint, daß die Beklagte in der Berufungsinstanz einen umfangreichen neuen Sachvortrag gebracht habe. Indes waren die Behauptungen, die in der Revisionsbegründung als neu bezeichnet werden, zum überwiegenden Teil bereits in der ersten Instanz aufgestellt worden; das Berufungsgericht konnte also insoweit ohne Verfahrensverstöß auf das Landgerichtsurteil verweisen. Nur in einem Punkt hätte es einer eigenen Erörterung durch das Berufungsgericht bedurft:

Der Zeuge K[REDACTED] hatte bekundet, daß die Besichtigungsfahrt am 22. Januar 1981 stattgefunden habe. Das Landgericht hat auch in diesem Punkt dem Zeugen geglaubt. Die Berufung hat gemeint, daß das Datum nicht richtig sein könne. Auch das war entgegen der Ansicht der Revision kein neuer Tatsachenvortrag. Die Beklagte hatte sich hierauf bereits im Schrift-

satz vom 14. Januar 1982 (S. 6, Bl. 17 d.A.) berufen; sie hatte die Behauptung in der mündlichen Verhandlung vom 25. Januar 1982 wiederholt (Sitzungsniederschrift S. 12 vorletzter Absatz, Bl. 45 d.A.); das Landgericht hat sich mit ihr in den Entscheidungsgründen (S. 6 unten) auseinandergesetzt.

Neu war jedoch, was die Beklagte zur Begründung ihrer Ansicht in der Berufungsinstanz vortrug: Danach hatte der Zeuge Frangen nachträglich in den Unterlagen einen Beleg gefunden, aus dem sich ergeben sollte, daß er am 22. Januar 1981 einen anderen Termin wahrgenommen habe, also nicht an einer Besprechung mit dem Zeugen K██████ teilgenommen haben könne. Zum Beweise bezog sich die Beklagte auf einen Beleg, den sie dem Schriftsatz beigelegt haben will und dessen Fehlen vom Berufungsgericht nicht beanstandet wurde. Ferner hat sie die erneute Vernehmung des Zeugen F██████ sowie des Gesprächspartners, eines Herrn Weber, mit dem er angeblich am 22. Januar 1981 eine Besprechung gehabt haben soll, beantragt (Berufungsbegründung vom 24. Mai 1982 S. 17 f., Bl. 137 f. d.A.). Das Berufungsurteil geht hierauf nicht ein; es ist insbesondere nicht zu erkennen, aus welchem Grund es die Behauptung für unerheblich oder unbeachtlich gehalten haben könnte.

3. Das Landgericht hat es entscheidend auf die Aussagen der Zeugen K██████ und F██████ abgestellt; es hat der Aussage des Zeugen K██████ den Vorzug gegeben, weil dieser ihm glaubwürdig erschien. Die Revision rügt mit Recht, daß diese Zeugen in der Be-

rufungsinstanz nicht erneut vernommen worden sind.

Ob ein in erster Instanz vernommener Zeuge in der Berufungsinstanz erneut zu hören ist, steht zwar grundsätzlich im Ermessen des Berufungsgerichts (§ 398 Abs. 1 ZPO). Unter gewissen Umständen kann jedoch eine erneute Vernehmung rechtlich geboten sein.

Das ist nicht nur dann der Fall, wenn das Berufungsgericht die persönliche Glaubwürdigkeit eines Zeugen anders beurteilen will als die Vorinstanz (BGH, Urteile vom 26. September 1963 - II ZR 138/61 - LM ZPO § 398 Nr. 2; 27. Mai 1982 - III ZR 201/80 - NJW 1982, 2874), sondern auch dann, wenn es die protokollierten Angaben des Zeugen für zu vage hält (BGH, Urteil vom 14. Oktober 1981 - IVa ZR 152/80 - WM 1982, 16) oder wenn die Niederschrift mehrdeutig ist und das Berufungsgericht ihr eine andere Deutung geben will als der Erstrichter (BGH, Urteil vom 13. März 1968 - VIII ZR 217/65 - NJW 1968, 1138; vom 3. April 1984 - VI ZR 195/82 - NJW 1984, 2629 und vom 20. Dezember 1978 - V ZR 199/77 - MDR 1979, 481). Dies muß auch dann gelten, wenn das Berufungsgericht einer ihrem Wortlaut nach eindeutigen Stelle der Vernehmungsniederschrift, zu der das erstinstanzliche Gericht nicht Stellung genommen hat, eine vom Wortsinn abweichende, die Entscheidung aber tragende Auslegung geben will. Vor allem muß es als ermessensfehlerhaft angesehen werden, wenn das Berufungsgericht die erneute Vernehmung ablehnt, obwohl Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Zeuge in der Zwischenzeit neue Erkenntnisse gewonnen hat, die für die Entscheidung des Rechtsstreits ausschlaggebend sein können (vgl.

dazu BGH Urteil vom 7. Juli 1981 - VI ZR 48/80 - NJW 1982, 108). Die letztgenannte Voraussetzung liegt hinsichtlich des Zeugen F [REDACTED] vor (vgl. oben unter I 2).

Was die Aussage des Zeugen K [REDACTED] betrifft, so hat das Berufungsgericht aus der vom Landgericht aufgenommenen Niederschrift in tatsächlicher Hinsicht Folgerungen gezogen, die sich mit deren Wortlaut nicht vereinbaren lassen. Danach hatte K [REDACTED] bekundet, er habe die Provisionsabrede mit dem persönlich haftenden Gesellschafter der Beklagten, D [REDACTED], getroffen. An einer anderen Stelle des Protokolls heißt es, die Abrede sei zustandegekommen, während man auf einen "Herrn der Beklagten" gewartet habe; dieser Herr könne D [REDACTED] gewesen sein. Das Berufungsgericht sieht hierin keinen Widerspruch (S. 8 Abs. 1 BU). Es sei "selbstverständlich", daß der Zeuge das Wort "während" nicht wörtlich gemeint habe; er habe damit zum Ausdruck bringen wollen, es sei gewartet worden und mit D [REDACTED] die Provisionsabrede getroffen worden, nachdem er eingetroffen sei. Daß die Aussage des Zeugen so mißverständlich protokolliert worden sei, durfte das Berufungsgericht nicht ohne weiteres annehmen; es hätte sich durch eine erneute Vernehmung Gewißheit darüber verschaffen müssen, was der Zeuge tatsächlich aussagen wollte.

4. Das Berufungsgericht hat nicht übersehen, daß die Aussage des Zeugen K [REDACTED] von der Sachdarstellung in der Klageschrift abweicht (BU S. 8 Abs. 2). Es hat auch berücksichtigt, daß die Klageschrift un-

streitig auf Informationen beruhte, die dieser Zeuge dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin gegeben hatte. Es meint jedoch, daß sich daraus keine Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen ergäben. Es sei eine Erfahrungstatsache, daß sich bei der Übermittlung von Informationen der Partei an den Prozeßbevollmächtigten und von diesem an das Gericht "Ungenauigkeiten in Einzelheiten" einstellen.

a) Von einer solchen Ungenauigkeit könnte man nur dann sprechen, wenn der Sachverhalt, der in der Klage dargestellt worden war, in wesentlichen Punkten mit dem übereinstimmen würde, den der Zeuge bei seiner Vernehmung geschildert hat, und wenn lediglich bei nebensächlichen Punkten Abweichungen festzustellen wären. So war es aber nicht.

In der Klageschrift war behauptet worden, der Zeuge K[REDACTED] habe eine Suchanzeige der Beklagten gelesen und sich daraufhin mit ihr telefonisch in Verbindung gesetzt. Als Zeuge bekundete K[REDACTED] jedoch, ein von der Klägerin aufgegebenes Inserat habe die Beklagte veranlaßt, bei der Klägerin anzurufen. Der Unterschied betraf also die Art und Weise des Zustandekommens des Maklervertrages, somit eine für den Ausgang des Rechtsstreits entscheidende Frage. Auch insoweit sind Mißverständnisse bei der Information des Prozeßbevollmächtigten nicht schlechthin ausgeschlossen; sie sind jedoch keine so alltägliche Erscheinung, wie es das Berufungsgericht annimmt.

b) Ein solches Mißverständnis wird von der Klägerin nicht einmal behauptet. Das Berufungsgericht setzt sich mit seiner Annahme, der Anwalt habe bei der Informationsaufnahme den Zeugen K[REDACTED] mißverstanden, mit dem im Tatbestand festgehaltenen Parteivorbringen, daß gemäß § 561 Abs. 1 ZPO Grundlage der Revisionsentscheidung ist, in Widerspruch; diese Annahme ist daher tatbestandswidrig und revisionsrechtlich zu beanstanden. In der Berufungserwiderung (vom 13. Juli 1982 - S. 9, Bl. 167 d.A. letzter Absatz), auf die im Tatbestand Bezug genommen wird, macht sich die Klägerin die Zeugenaussage ihres Prozeßbevollmächtigten (vom 1. Februar 1982, Bl. 74 d.A.) "vollinhaltlich" zu eigen; dessen Angaben sind daher als Parteivortrag der Klägerin zu werten. Danach hat der Anwalt keineswegs die von dem Zeugen K[REDACTED] erteilte Information mißverstanden; vielmehr wußte dieser damals nichts von einem Inserat der Klägerin und einem dadurch veranlaßten Anruf der Beklagten. Erst später hat er in den Unterlagen der Klägerin nachgeforscht; dabei will er festgestellt haben, daß es die Klägerin gewesen sei, die Inserate bezüglich einer Halle auf dem sog. Strebelgelände aufgegeben habe.

c) Die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht den Widerspruch zwischen dem Sachvortrag in der Klageschrift und der Aussage des Zeugen K[REDACTED] für unerheblich erklärt, halten daher einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, ob es glaubhaft ist, daß der Zeuge, der bei dem Informationsgespräch vom 21. Juli 1981 nicht mehr wußte, wie sich das angeblich sechs Monate vorher

geführte Telefongespräch abgespielt hatte, sich an dieses bei seiner Vernehmung am 25. Januar 1982 wieder zuverlässig erinnern konnte.

II.

Bei der neuen Entscheidung wird das Berufungsgericht zu beachten haben:

1. Eine Vermittlungstätigkeit hat die Klägerin nicht schlüssig behauptet. Ihr könnte daher der eingeklagte Anspruch nur dann zustehen, wenn ihr für den bloßen Nachweis eine Provision versprochen worden sein sollte. Das Berufungsgericht nimmt dies (auf S. 5 BU) an; es gibt für diese Ansicht jedoch keine eigene Begründung, sondern verweist lediglich auf die Entscheidungsgründe des Landgerichts. Diese sprechen sich indes nicht darüber aus, ob die Beklagte eine Nachweis- oder eine Vermittlungsprovision versprochen hatte.

Das Landgericht hält ersichtlich die Nachweis- und die Vermittlungstätigkeit des Maklers nicht in der erforderlichen Weise auseinander. So spricht es auf Seite 15 im letzten Absatz davon, daß die Klägerin den Abschluß eines Mietvertrages "ursächlich vermittelt" habe, während vorher nur eine Nachweistätigkeit erörtert wurde.

2. Zu den Entscheidungsgründen des Landgerichts, auf die das Berufungsgericht zur näheren Begründung seiner Entscheidung Bezug genommen hat, ist zu bemerken:

a) Das Landgericht erklärt es für unerheblich, ob die Beklagte die Klägerin nur mit der Herbeiführung eines Kauf- oder "Erbpacht"- Vertrages oder auch mit der eines Mietvertrages beauftragt habe; auch wenn der Maklerauftrag nur auf den Abschluß eines Kauf- oder "Erbpacht"- Vertrages gerichtet gewesen sei, müsse die Beklagte wegen der wirtschaftlichen Identität zwischen "Erbpacht" und Miete Provision zahlen. Wirtschaftlich gesehen bestünden zwischen einer "Erbpacht" (gemeint ist offensichtlich ein Erbbaurecht) und einer Miete nur "unbedeutende Abweichungen"; wesentlich sei allein, daß die Beklagte sowohl bei einer "Erbpacht" als auch bei einer Vermietung für das Objekt solange ein Entgelt zu zahlen habe, wie sie es nutze. Diese Auffassung ist unzutreffend. Der Erbbauberechtigte hat gegenüber dem Eigentümer eine erheblich stärkere Rechtsstellung als ein Mieter; die Unterschiede zwischen diesen beiden rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten sind nicht etwa nur formaljuristischer Art, sondern haben auch bedeutsame wirtschaftliche Auswirkungen; von der Verkehrsauffassung wird daher ein Mietvertrag keineswegs als mit einem Erbbaurecht gleichwertig angesehen.

b) Das Landgericht sieht im übrigen die Ausführungen des Zeugen D■■■■, die Beklagte strebe einen

Kauf oder eine "Erbpacht" an, nur als "Vorwand zur Vermeidung der Entstehung einer Provision" an. Welche rechtlichen Folgerungen es daraus ziehen will, wird im Urteil nicht gesagt; es scheint, daß das Landgericht in einem solchen Fall einen Anspruch auf Maklerlohn gewähren will. Das wäre - zum mindesten als allgemeine Rechtsregel - nicht zutreffend. Allerdings würde eine beiläufige Bemerkung des Zeugen D■■■■, der Beklagten sei Kauf oder "Erbpacht" lieber als Miete, die Annahme nicht ausschließen, daß der der Klägerin erteilte Maklerauftrag auch die Herbeiführung eines Mietvertrags umfaßte, vor allem dann nicht, wenn ausdrücklich erörtert worden war, welche Provision im Falle einer Anmietung zu zahlen war. Sollte dagegen der Zeuge beim Vertragschluß zum Ausdruck gebracht haben, daß die Beklagte nur eine auf den Abschluß eines Kaufvertrages oder auf die Begründung eines Erbbaurechts gerichtete Maklertätigkeit der Beklagten wünsche, so wäre damit der Gegenstand des Maklervertrages in wirksamer Weise begrenzt; ein vertraglicher Anspruch auf Maklerlohn für die Herbeiführung eines Mietvertrages wäre dann ausgeschlossen.

c) Das Landgericht verneint eine Vorkenntnis der Beklagten u.a. auch deshalb, weil das, was diese im Schriftsatz vom 1. Februar 1982 auf S. 4 f. (Bl. 60 f d.A.) vorgetragen habe, nur "Makleranfragen" gewesen seien, durch die eine eigene private Akquisitionstätigkeit nicht belegt werde. Was damit gesagt sein soll, ist nicht ganz klar. Sollte es dahin zu verstehen sein, daß der Maklerkunde sich nur dann auf Vorkenntnis berufen könne, wenn diese auf eigenen

Ermittlungen, nicht aber, wenn sie auf Mitteilungen anderer Makler beruhe, so wäre dies unzutreffend.

d) Das Landgericht meint, die Beklagte schulde - auch ohne ausdrückliche Provisionsabrede - schon deshalb die Provision, "weil die Situation, daß sich ein Interessent auf ein Inserat eines Maklers hin meldet, diesen um nähere Angaben und eine Besichtigung bittet und im nahen zeitlichen Zusammenhang dann das nachgewiesene Objekt mietet, den geradezu klassischen Fall des konkludenten Abschlusses eines Maklervertrages unter üblicher Provision darstellt".

Dieser Satz entspricht in dieser Form nicht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Bietet ein Makler durch Zeitungsanzeigen ein Objekt an, so dürfen die angesprochenen Interessenten davon ausgehen, daß er im Auftrag des Verkäufers (oder Vermieters) handelt und auch von diesem eine Provision erwartet; eine Provisionspflicht des Käufers (bzw. Mieters) entsteht in diesem Fall nur dann, wenn der Makler - in der Anzeige oder später - in eindeutiger Weise zum Ausdruck bringt, daß er auch von diesem eine

Provision verlange, und wenn der Käufer (bzw. Mieter) nach dieser Eröffnung die Dienste des Maklers in Anspruch nimmt (BGH, Urteil vom 12. Februar 1981 - IVa ZR 105/80 - LM HGB § 354 Nr. 7 = WM 1981, 495 m.w.N.). Es kommt demnach im vorliegenden Fall entscheidend darauf an, ob der Zeuge K [REDACTED] vor der Beendigung der Maklertätigkeit mit dem Provisionsanspruch der Klägerin hervorgetreten ist.

Rottmüller

Dr. Lang

Dehner

Dr. Zopfs

Dr. Ritter