

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 32/96

Verkündet am:
16. Juli 1998
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

Vieraugengespräch

ZPO § 286 B Abs. 1, §§ 295, 398 Abs. 1, § 448

- a) Das Berufungsgericht muß die Aussage einer nach § 448 ZPO vernommenen Partei in die Beweiswürdigung auch dann einbeziehen, wenn es aus seiner Sicht keinen Anlaß für eine Parteivernehmung gesehen hätte.
- b) Auch von der Würdigung der Aussage einer Partei im angefochtenen Urteil darf das Rechtsmittelgericht nicht abweichen, ohne die Partei erneut vernommen zu haben.
- c) Ein in der Anordnung einer Parteivernehmung nach § 448 ZPO liegender Verfahrensverstoß kann grundsätzlich noch in der Berufungsbegründung gerügt werden. Ein nach der Vernehmung erfolgtes rügeloses Verhandeln steht der späteren Rüge nicht entgegen.
- d) Im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 448 ZPO kann auch der Umstand berücksichtigt werden, daß es um die Aufklärung eines sog. Vieraugengesprächs geht, das die zu vernehmende Partei mit einem als Zeugen vernommenen Mitarbeiter der Gegenseite geführt hat. Dem Gebot der prozessualen Waffengleichheit kann allerdings auch durch ei-

ne persönliche Anhörung der Partei nach § 141 ZPO genügt werden.

BGH, Urt. v. 16. Juli 1998 - I ZR 32/96 - OLG Köln
LG Köln

- 3 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Juli 1998 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Prof. Dr. Mees, Starck, Dr. Bornkamm und Pokrant

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 26. Januar 1996 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin und die Beklagte zu 1 sind Wettbewerber bei der Vermittlung von Finanzdienstleistungen, die sie jeweils im Wege des sogenannten Strukturvertriebs vertreiben. Gegenstand des Rechtsstreits ist der Vorwurf einer wettbewerbswidrigen Abwerbung von Mitarbeitern der Klägerin durch die Beklagte zu 1.

Die Klägerin hat behauptet, der Geschäftsführer der Beklagten zu 1, der Beklagte zu 2, habe versucht, einen Mitarbeiter der Klägerin, den unter falschem Namen auftretenden Zeugen U. , bei einem Gespräch am 26. April 1993 für eine Tätigkeit bei der Beklagten zu 1 zu gewinnen und ihn durch das Angebot einer höheren Provision dazu zu bewegen, einen für die Klägerin vermittelten Rentenauftrag nicht über diese, sondern über die Beklagte zu 1 einzureichen. Schon früher habe die Beklagte zu 1 zahlreiche Mitarbeiter, die bei der Klägerin in einem ungekündigten Beschäftigungsverhältnis gestanden hätten, nebenbei beschäftigt und sie, die Klägerin, damit im Wettbewerb behindert.

Die Klägerin hat die Beklagten auf Unterlassung in Anspruch genommen. Die Beklagten sind der Klage entgegengetreten. Sie haben die behaupteten Abwerbungsversuche bestritten, insbesondere den Verlauf des Gesprächs vom 26. April 1993 abweichend geschildert.

Das Landgericht hat die Klage nach einer Beweisaufnahme, in deren Verlauf neben dem Zeugen U. und einem Mit-

arbeiter der Beklagten zu 1 (H.) auch der Beklagte zu 2 als Partei nach § 448 ZPO vernommen worden war, abgewiesen, weil es den von der Klägerin behaupteten Verlauf des Gesprächs vom 26. April 1993 nicht als erwiesen erachtet hat. Das Berufungsgericht hat erneut die Zeugen H. und U. , nicht aber den Beklagten zu 2 vernommen und die Beklagten verurteilt, es zu unterlassen,

Mitarbeiter der Klägerin unter Angebot höherer Provisionen und/oder höherer Provisionserlöse anzusprechen und ihnen anzubieten oder sie aufzufordern, bevorstehende Versicherungsabschlüsse nicht bei der Klägerin, sondern bei der Beklagten zu 1 einzureichen wie in dem nachstehend wiedergegebenen Auszug ... beschrieben (es folgt ein Auszug aus der Vernehmung des Zeugen U.).

Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die Darstellung der Klägerin aufgrund der Aussage des Zeugen U. als erwiesen erachtet und auf dieser Grundlage einen Wettbewerbsverstoß der Beklagten nach § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt eines Verleitens zum Vertragsbruch bejaht. Der Beklagte zu 2, für den die Beklagte zu 1 nach § 13 Abs. 4 UWG hafte, habe anlässlich des Gesprächs am 26. April 1993 den Zeugen zu bewegen ver-

sucht, unter Verletzung des mit der Klägerin geschlossenen Vertrages zum Unternehmen der Beklagten zu 1 überzuwechseln. Dies sei der vom Zeugen U. berichteten Äußerung des Beklagten zu 2 zu entnehmen, er, der Zeuge, solle sich gut überlegen, ob er einen - gerade akquirierten - Versicherungsvertrag bei der Klägerin oder unter besseren Provisionsbedingungen bei der Beklagten zu 1 einreichen wolle. Zu einer erneuten Vernehmung des Beklagten zu 2 als Partei nach § 448 ZPO bestehe kein Anlaß, weil für die Sachverhaltsdarstellung der Beklagten nicht die für eine Parteivernehmung vorauszusetzende gewisse Wahrscheinlichkeit spreche.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision führen zur Aufhebung und Zurückverweisung.

1. Allerdings ist das Berufungsgericht mit Recht davon ausgegangen, daß in dem Verhalten des Beklagten zu 2 - wie es mit der Klage vorgetragen und vom Zeugen U. geschildert worden ist - ein Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG liegt. Insbesondere hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, daß der Beklagte zu 2 den vertraglich an die Klägerin gebundenen Zeugen U. mit der umstrittenen Äußerung zur Verletzung des Beschäftigungsvertrages verleiten wollte. Nicht zu beanstanden ist auch, daß das Berufungsgericht - unterstellt, das Gespräch hatte den von der Klägerin geschilderten Verlauf - auch den subjektiven Tatbestand eines Verleitens zum Vertragsbruch bejaht und angenommen hat, der Beklagte zu 2 habe die vertragliche Ausschließlichkeitsbindung des Zeugen U. an die Klägerin gekannt oder sich zumindest einer entsprechenden Kenntnis, die sich für ihn aufgedrängt habe, bewußt entzogen.

2. Das Berufungsurteil hält jedoch den Verfahrensrügen der Revision nicht stand. Das Berufungsgericht ist zu einer von der Vorinstanz abweichenden Würdigung der Beweise gelangt. Dabei hat es versäumt, die Aussage des Beklagten zu 2, der vom Landgericht nach § 448 ZPO als Partei vernommen worden war, in seine Würdigung einzubeziehen (§ 286 Abs. 1 ZPO) und ihn gegebenenfalls erneut zu vernehmen (§ 398 Abs. 1 ZPO).

a) Das Berufungsgericht hat sich mit der Aussage des Beklagten zu 2 nicht auseinandergesetzt. Es hat - als ob sich die Frage einer Parteivernehmung erstmals in der Berufungsinstanz gestellt hätte - lediglich erörtert, ob nach § 448 ZPO Anlaß zur Vernehmung des Beklagten zu 2 bestand, und diese Frage verneint. Damit hat es wesentlichen Streitstoff übergangen.

Das Landgericht hatte zu dem Verlauf des entscheidenden Gesprächs am 26. April 1993 zunächst den Zeugen U. vernommen, ferner zu dem vorangegangenen Telefongespräch zwischen dem Zeugen U. und dem Beklagten zu 2 den Zeugen H. , einen Mitarbeiter der Beklagten zu 1. Nachdem zwischen den beiden Aussagen der Zeugen zu einem an sich nebensächlichen Punkt ein Widerspruch aufgetreten war, hatte das Landgericht von Amts wegen die Vernehmung des Beklagten zu 2 nach § 448 ZPO angeordnet. Aufgrund dieser nach Einschätzung des Landgerichts "ebenfalls im wesentlichen folgerichtigen und widerspruchsfreien Bekundung" (LGU 11) hatte das Landgericht die Darstellung der Klägerin nicht als erwiesen angesehen.

Unter diesen Umständen hätte das Berufungsgericht die Aussage des Beklagten zu 2 grundsätzlich in die Beweiswürdigung einbeziehen müssen, ohne daß es darauf ankam, ob auch im Berufungsverfahren Anlaß für eine Parteivernehmung nach § 448 ZPO bestand. Insbesondere durfte das Berufungsgericht die vor dem Landgericht gemachte Aussage des Beklagten zu 2 nicht mit der Begründung unbeachtet lassen, die Aussage des Zeugen U. reiche aus, um den Vortrag der Klägerin als erwiesen anzusehen.

Wäre das Berufungsgericht zu einer von der landgerichtlichen Beurteilung abweichenden Würdigung gelangt, hätte es den Beklagten zu 2 erneut vernehmen müssen. Zwar stellt es die für die Wiederholung der Beweisaufnahme - auch der Parteivernehmung (§ 451 ZPO) - maßgebliche Bestimmung des § 398 Abs. 1 ZPO in das Ermessen des Rechtsmittelgerichts, ob es einen in erster Instanz gehörten Zeugen erneut vernimmt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dieses Ermessen jedoch gebunden. Das Berufungsgericht ist zur erneuten Vernehmung verpflichtet, wenn es die Glaubwürdigkeit eines im ersten Rechtszug vernommenen Zeugen abweichend vom Erstrichter beurteilen will und es hierfür auf den persönlichen Eindruck ankommt, den der Zeuge hinterläßt (vgl. nur BGH, Urt. v. 19.6.1991 - VIII ZR 116/90, NJW 1991, 3285 f. m.w.N.). Diese Grundsätze gelten nach § 451 ZPO für eine Parteivernehmung entsprechend. Auch von der Würdigung der Aussage einer Partei darf das Rechtsmittelgericht nicht abweichen, ohne die Partei erneut vernommen zu haben (vgl. BGH, Urt. v. 24.10.1973 - VIII ZR 111/72, NJW 1974, 56; Urt. v. 28.9.1981 - II ZR 11/81, VersR 1981, 1175, 1176).

b) Die Verfahrensweise des Berufungsgerichts wäre allerdings – worauf die Revisionserwiderung zu Recht hinweist – nicht zu beanstanden, wenn die erstinstanzliche Vernehmung des Beklagten zu 2 mit § 448 ZPO nicht in Einklang gestanden hätte (BGH VersR 1981, 1175, 1176). Hiervon kann indessen nicht ausgegangen werden.

aa) Nach Ansicht der Revision bedarf das erstinstanzliche Verfahren deswegen keiner Überprüfung, weil ein denkbarer Verfahrensverstoß durch rügeloses Verhandeln der Klägerin geheilt worden sei (§ 295 Abs. 1 ZPO); die in der Berufungsbegründung erfolgte Rüge sei demgegenüber verspätet. Dem kann nicht beigetreten werden.

Ob die Voraussetzungen für eine Vernehmung des Beklagten zu 2 nach § 448 ZPO vorlagen, konnte die Klägerin erst abschließend beurteilen, nachdem ihr die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils vorlagen. Denn die Beantwortung der Frage, ob das Landgericht von einer für eine Parteivernehmung nach § 448 ZPO erforderlichen gewissen Wahrscheinlichkeit der zu erweisenden Tatsache ausgehen konnte, hängt davon ab, wie das Landgericht das Parteivorbringen und die anderen Beweismittel würdigt. Hierüber geben erst die Entscheidungsgründe Aufschluß. Eine verfahrensfehlerhafte Parteivernehmung nach § 448 ZPO ist daher ebenso zu behandeln wie ein Fehler bei der Urteilsfällung, von dem die Parteien bei der Schlußverhandlung noch keine Kenntnis haben können (vgl. zu § 448 ZPO BGH VersR 1981, 1175, 1176; ferner BGH, Urt. v. 4.12.1990 – XI ZR 310/89, NJW 1991, 1180; Urt. v. 18.3.1992 – VIII ZR 30/91, NJW 1992, 1966, 1967).

Im Streitfall hat die Klägerin in der Berufungsbegründung (Schriftsatz v. 20.12.1994, S. 11 unter II.3.b) = GA II 315) und damit rechtzeitig gerügt, daß die Parteivernehmung des Beklagten zu 2 verfahrensfehlerhaft gewesen sei. Damit ist ein möglicher Verfahrensfehler nicht durch rügeloses Verhandeln (§ 295 Abs. 1 ZPO) geheilt.

bb) Die von der Klägerin erhobene Rüge hinsichtlich des landgerichtlichen Verfahrens war jedoch unbegründet. Die Vernehmung des Beklagten zu 2 durch das Landgericht war nicht verfahrensfehlerhaft und durfte daher vom Berufungsgericht nicht übergangen werden.

Die Entscheidung über die Vernehmung einer Partei nach § 448 ZPO obliegt dem Ermessen des Tatrichters und ist nur darauf nachprüfbar, ob die rechtlichen Voraussetzungen verkannt worden sind oder das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt worden ist. Die Parteivernehmung von Amts wegen darf nur angeordnet werden, wenn aufgrund einer vorausgegangenen Beweisaufnahme oder des sonstigen Verhandlungsinhalts bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die zu beweisende Tatsache spricht (st. Rspr., vgl. BGH, Urt. v. 10.3.1988 - III ZR 250/86, BGHR ZPO § 448 Ermessensgrenzen 3; Urt. v. 5.7.1989 - VIII ZR 334/88, NJW 1989, 3222 f.; Urt. v. 16.1.1990 - VI ZR 109/89, NJW-RR 1990, 409, 410; Urt. v. 23.2.1994 - IV ZR 58/93, NJW-RR 1994, 636). Daß das Landgericht diese Voraussetzungen als gegeben erachtet hat, kann nicht beanstandet werden. Insbesondere ist nichts dagegen einzuwenden, daß das Landgericht - anders als das Berufungsgericht - sich aufgrund der Aussagen der Zeugen U. und H. noch keine abschließende Überzeugung von der Richtigkeit des Klagevorbringens bilden konnte. Andererseits

sprach aufgrund der Aussage des Zeugen U. jedenfalls eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Darstellung der Klägerin. Daß das Landgericht den Beklagten zu 2 vernommen hat, von dem zu erwarten war, daß er die Darstellung der Klägerin, für die bereits "einiger Beweis" erbracht war, nicht bestätigen, sondern ihr widersprechen würde, stellt sich ebenfalls nicht als ein Ermessensfehler dar. Welche Partei nach § 448 ZPO zu vernehmen ist, bestimmt das Gericht ohne Rücksicht auf die Beweislast allein danach, welche Partei zum Beweisthema eigene Wahrnehmungen bekunden kann (Zöllner/Greger, ZPO, 20. Aufl., § 448 Rdn. 5). Dies kann ohne weiteres auch der Prozeßgegner des Beweisführers sein.

Im Streitfall kommt noch ein weiterer Gesichtspunkt hinzu, der die Anordnung der Vernehmung des Beklagten zu 2 nach § 448 ZPO keinesfalls als ermessensfehlerhaft erscheinen läßt. Gegenstand der Beweisaufnahme war vorliegend ein Gespräch, das der Beklagte zu 2 mit einem Mitarbeiter der Klägerin unter vier Augen geführt hatte. Daß bei einer solchen Konstellation der einen Partei ein Zeuge in der Person des Mitarbeiters zur Seite steht, während die Gegenseite, die selbst die Verhandlungen geführt hat, sich auf keinen Zeugen stützen kann, stellt in einem späteren Gerichtsverfahren eine Benachteiligung dar, die im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 448 ZPO berücksichtigt werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 19.6.1980 - IVa ZR 11/80, WM 1980, 1071, 1073; Urt. v. 9.10.1997 - IX ZR 269/96, NJW 1998, 306 f.). Dabei kann offenbleiben, ob dies in einem Fall wie dem vorliegenden dazu nötigt, einer Anregung zur Parteivernehmung nachzukommen (vgl. die Entscheidung des EGMR, NJW 1995, 1413, 1414 - Domino Beheer B.V.; Schlosser, NJW 1995, 1404, 1405; Gehrlein, ZZP 110 (1997), S. 451 ff.; Thomas/Putzo, ZPO, 21. Aufl.,

§ 448 Rdn. 4 m.w.N.; abl. OLG München NJW-RR 1996, 958, 959; Zöller/Greger, ZPO, 20. Aufl., § 448 Rdn. 2). Denn dem Grundsatz der Waffengleichheit kann auch dadurch genügt werden, daß die durch ihre prozessuale Stellung bei der Aufklärung des Vieraugengesprächs benachteiligte Partei nach § 141 ZPO persönlich angehört wird (vgl. BGH NJW 1998, 306 f.; OLG Zweibrücken NJW 1998, 167; Schöpflin, NJW 1996, 2134, 2135 ff.; Wittschier, DRiZ 1997, 247, 249; a.A. M. Roth, ZfEuP 1996, 490, 497 Fn. 38). Nach ständiger Rechtsprechung ist das Gericht nicht gehindert, im Rahmen der Würdigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme einer Parteierklärung, auch wenn sie außerhalb einer förmlichen Parteivernehmung erfolgt ist, den Vorzug vor den Bekundungen eines Zeugen zu geben (BGH, Urt. v. 8.11.1989 - I ZR 14/88, GRUR 1990, 669, 672 - Bibelreproduktion; BGHZ 122, 115, 121; BGH NJW 1998, 306, 307). Dies folgt aus dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

III. Das Berufungsurteil kann unter diesen Umständen keinen Bestand haben. Da die rechtliche Würdigung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden ist, der Klägerin also

nach ihrem Vorbringen der geltend gemachte Anspruch zuzusprechen wäre, ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Erdmann

Mees

Starck

Bornkamm

Pokrant