

V e r k ü n d e t
am 24. Oktober 1960
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Witwe Josefa E. geb. B. in L. an der
Z. (Kreis W.), Haus Nr. als Erbin des am
17. Juli 1960 verstorbenen Brauereibesitzers Ludwig E.

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

1. Adolf K.,
2. Claudia K. geb. K.,
beide in V. (Schwarzwald), Hotel "D. K.",

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 29. September 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm und der Bundesrichter
Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München
mit dem Sitz in Augsburg vom 2. Juni 1959 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der in diesem Rechtsstreit ursprünglich beklagte Brauereibesitzer Ludwig E. [REDACTED] ist während des dritten Rechtzuges gestorben und allein von seiner Ehefrau, der jetzigen Beklagten, beerbt worden.

Zwischen Ludwig E. [REDACTED] (im folgenden als Erblasser bezeichnet) als Verpächter und den Klägern als Pächtern hat ein langfristiges Pachtverhältnis über das Hotel R. [REDACTED] in A. [REDACTED] bestanden. Auf Anregung der Kläger haben die Vertragsparteien über die vorzeitige Beendigung des Pachtverhältnisses und über die Abrechnung der ihnen gegeneinander zustehenden Geldforderungen unter besonderer Berücksichtigung der Kautions, die die Kläger in Höhe von 25 000 DM früher geleistet hatten, verhandelt. Die Kläger haben dem Erblasser das Hotel am 29. März 1957 zurückgegeben. Aus diesem Anlaß hat der Erblasser in einem Schreiben vom 28. März 1957 den Klägern gegenüber nachmittags erklärt, daß die Rücknahme des Hotels nach seiner Auffassung nicht die Beendigung des Pachtverhältnisses bedeute.

Am Vormittag des 28. März 1957 ist es nach Darstellung der Kläger unter Beteiligung auch des BÜCKERREVISORS R. [REDACTED], ihres Bevollmächtigten, zwischen den Vertragsparteien zu einer mündlichen Vereinbarung des Inhalts gekommen, daß der Erblasser sich verpflichte, den Klägern (als nicht verbrauchten Teil der Kautions) 9000 DM zu bezahlen, und daß dadurch alle Forderungen der Vertragsparteien gegeneinander ausgeglichen seien. - In einem an den Erblasser gerichteten Telegramm vom darauf folgenden Tage haben die Kläger zum Ausdruck gebracht, daß der Erblasser ihnen in Höhe von 300 000 DM Schadensersatzpflichtig sei und sie von ihm auf die Kautions 11 000 DM zu beanspruchen hätten.

- 3 -

Der Erblasser hat nichts bezahlt. Die Klage ist auf Verurteilung in Höhe von 9000 DM nebst 9 % Zinsen seit dem 6. April 1957 gerichtet. -

Das Landgericht hat nach der am 11. Dezember 1957 erfolgten Vernehmung R[REDACTED] als Zeugen die Klage abgewiesen.

Im Berufungsrechtszug haben die Kläger hilfsweise geltend gemacht, der Erblasser schulde ihnen mindestens die Klagesumme aus dem zu ihren Gunsten mit 11 024,83 DM abschließenden Abrechnungsverhältnis. Nach einer weiteren und einer abschließenden, nunmehr eidlichen Vernehmung R[REDACTED] (am 18. September 1958 und am 2. Juni 1959) hat das Oberlandesgericht den Erblasser dem Klagantrag entsprechend mit der Maßgabe verurteilt, daß er nur 5 % Zinsen zu zahlen habe.

Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten mit der sie beantragt, das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Kläger wollen das Rechtsmittel zurückgewiesen haben.

Entscheidungsgründe:

I. a) Das Berufungsgericht hat "auf Grund der in den wesentlichen Sätzen beeideten Aussage des Zeugen R[REDACTED]" für bewiesen erachtet, daß der Erblasser sich am 28. März 1957 zur Zahlung von 9000 DM an die Kläger verpflichtet hat und daß diese sich damit einverstanden erklärt haben. Die Vertragsparteien hätten sich also über die vorzeitige Aufhebung des Pachtvertrages und über die von den Klägern behauptete Zahlungsverpflichtung geeinigt.



Im einzelnen hat es dazu erwogen: Schon aus der Bekundung des Zeugen vom 11. Dezember 1957 ergebe sich, daß der Erblasser den Vorschlag des Zeugen (nämlich: durch die Zahlung von 9000 DM alle gegenseitigen Ansprüche abzugelten) angenommen habe, indem der Beklagte erklärt habe, er werde am nächsten Dienstag (also am 2. April 1957) nach Ulm kommen, wo man sich auf halbem Wege treffen könne, dazu werde er die 9000 DM mitbringen. Jeder Zweifel daran, daß zwischen den Vertragsparteien ein Vergleich des von den Klägern behaupteten Inhalts zustandegekommen sei, werde durch die beschworene Aussage des Zeugen vom 2. Juni 1959 ausgeräumt. Sie sei eindeutig und unmißverständlich. -

Diese Aussage lautet: "Ich habe am 28.3.1957 den Vorschlag gemacht, der Beklagte solle an die Kläger noch 9000 DM bezahlen, während die Ersatzansprüche der Kläger aus Aufwendungen für eine Spülmaschine, ein Badezimmer und ein Heizungsgebläse noch offen bleiben sollten. Der Beklagte hat daraufhin erklärt, daß er die 9000 DM bezahlen und am 2.4.1957 zu einer weiteren vorgesehenen Besprechung wegen der noch offenen Posten nach Ulm mitbringen werde". Diese Bekundung stimmt wörtlich mit dem Thema des Beweisbeschlusses vom 26. Mai 1959 überein, das dort mit folgendem Satz eingeleitet wird: "Der Zeuge Riegel ist auf folgende Sätze seiner Aussage zu beeidigen: " - In dem Protokoll vom 2. Juni 1959 heißt es im Anschluß an den Vermerk, daß der Anwalt des Erblassers anrege, die "Beeidigung auf die ganze Aussage des Zeugen auszudehnen", hinsichtlich der Vernehmung des Zeugen zur Sache und seiner Beeidigung: "Nach erfolgter Belehrung wird dem Zeugen der Inhalt seiner Aussage gemäß Beschluß vom 26.5.1959 vorgelesen. Der Zeuge erklärt: Diese Angaben treffen zu. Ich bin bereit, das zu beeiden. Der Zeuge leistete auf die verlesene Aussage, wie im Beschluß vom 26.5.1959 enthalten, den Zeugeneid".

In der Übertragung der in Kurzschrift aufgenommenen Niederschrift über die Vernehmung des Zeugen am 18. September

1958 heißt es u.a.: "Ich habe darauf den Vorschlag gemacht, der Beklagte solle 9000 DM bezahlen. Die offenen Streitpunkte (Bad mit 1500 DM, Heizungsgebläse mit 500 DM und einige Reparaturen) sollten offen bleiben. Der Beklagte hat sich damit einverstanden erklärt, indem er sagte, er bringe die 9000 DM nach Ulm mit, wo man sich am darauffolgenden Dienstag treffen wollte, um die restlichen Punkte zu besprechen und zu klären. (Dem Zeugen wird darauf seine Aussage vom 11.12.1957 vorgehalten, wonach der Beklagte eine positive Erklärung, daß er mit dem Betrage von 9000 DM sich einverstanden erklärt, nicht abgegeben habe.) "Ich habe darauf daß der Beklagte zugesagt hat, und zwar mehrfach, 9000 DM nach Ulm mitzubringen, geschlossen, daß er mit meinem Vorschlag einverstanden ist".

In dem Protokoll über die Vernehmung des Zeugen am 11. Dezember 1957 heißt es u.a.: "Eine positive Erklärung des Beklagten, daß er mit dem Betrag von 9000 DM sich einverstanden erkläre, ist zwar nicht abgegeben worden. Der Beklagte, der nach meiner Ansicht sich damals in Zeitnot befunden hat, hat erklärt, er werde am Dienstag ... nach Ulm kommen, wo man sich auf halbem Wege treffen könne, und er werde den Betrag von 9000 DM mitbringen. Bei dieser Gelegenheit sollten dann die noch offenen Posten geklärt werden ... Mein Eindruck, den ich von der Besprechung hatte ist der gewesen, daß die beiden Parteien sich völlig darüber einig gewesen sind, daß mit der Zahlung der 9000 DM durch den Beklagten an die Kläger sämtliche Forderungen und Gegenforderungen zwischen den Parteien abgegolten sein sollten ... (Auf den Vorhalt des Gerichts, daß das Hauptinteresse des Beklagten doch auf die Fortführung des Betriebes durch die Kläger bis zum 20. April [dem Tage, an dem ihre Nachfolger als Pächter das Hotel übernehmen sollten] gerichtet gewesen sei und daß es deshalb verwunderlich sei, daß der Beklagte sich zur Bezahlung von 9000 DM als Kautionsablösung verpflichtet haben soll:) Das ist auch mir aufgefall

Ich erinnere mich aber genau daran, daß der Beklagte die Erklärung, 9000 DM zu bezahlen und diese mit nach Ulm zu bringen, abgegeben hat, nachdem der Kläger bereits erklärt hatte, daß er keinesfalls bis 20. April 1957 bleiben könne".

b) Das Berufungsgericht hat zu den schriftlichen Erklärungen der Vertragspartner vom 28. und 29. März 1957 erwogen, sie zeigten nur, daß sowohl der Erblasser wie die Kläger entweder über die rechtliche Verbindlichkeit der am 28. März getroffenen Abmachung im Unklaren gewesen seien oder einander nun zu "duplicieren" versucht hatten. Es sei insbesondere möglich, daß die Kläger sich für berechtigt gehalten hätten, unbeschadet der am 28. März 1957 getroffenen Abmachung noch Schadensersatzansprüche stellen und auf eine vermeintlich höhere Restforderung [aus der Kautions] zurückgreifen " zu können".

II. Die Revision rügt folgendes:

a) Das Protokoll vom 2. Juni 1959 ergebe nicht mit Sicherheit, ob dem Zeugen das Thema des Beweisbeschlusses oder die Niederschrift seiner Aussage vorgelesen worden sei.

b) Die kurzschriftliche Niederschrift vom 18. September 1958 sei entgegen der Vorschrift des § 163 a Abs. 1 Satz 2 ZPO nicht verlesen worden.

c) Das Thema des Beweisbeschlusses stelle nur eine fehlerhafte Überarbeitung der ersten und zweiten Aussage des Zeugen dar. Die dritte Vernehmung des Zeugen sei unzulänglich gewesen.

d) Zu der über das Ergebnis der Besprechung vom 28. März 1957 getroffenen Feststellung sei das Berufungsgericht gekommen, ohne - wie es nach Lage der Sache erforderlich gewesen wäre - die Gesamtheit der drei Aussagen des Zeugen zu würdigen.

III. Das Urteil ist bereits wegen Verstoßes gegen das materielle Recht aufzuheben. Bei der Erörterung der rechtlichen Bedeutung, die den beiderseitigen schriftlichen Äußerungen vom 28. und 29. März 1957 zukommen könnte, hat das Berufungsgericht nicht in den Kreis seiner Betrachtung einbezogen, ob mit ihnen die etwa vorher mündlich zustande gekommene Abmachung, auf die die Klage in erster Linie gestützt ist, deshalb aufgehoben worden ist, weil die Vertragspartner nun im Ergebnis übereinstimmend zum Ausdruck gebracht haben könnten, daß sie die Abmachung als überholt ansähen. Wegen dieses Verstoßes gegen § 133 BGB ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil insoweit weitere dem Tatsachengericht vorbehaltene Würdigung^{en} anzustellen sind.

IV. Zwar bedarf es demnach einer abschließenden Prüfung der von der Revision erhobenen verfahrensrechtlichen Rügen nicht. Sie geben jedoch dem erkennenden Senat für den Fall, daß es auch für die neue Entscheidung des Berufungsgerichts erheblich sein sollte, ob am 28. März 1957 ein Vergleich zustande gekommen ist, zu folgenden Bemerkungen Veranlassung:

a) Das Protokoll vom 2. Juni 1959 läßt zweifelsfrei erkennen, was dem Zeugen vorgelesen worden ist, sowie was er ausgesagt und geschworen hat, nämlich die beiden Sätze, deren Richtigkeit er nach dem Beweisbeschluß mit seinem Eide bekräftigen sollte; daran walten entgegen den von der Revision geäußerten Bedenken bei unbefangener Würdigung des Protokolls keine Bedenken ob.

b) Die kurzschriftliche Niederschrift vom 18. September 1958 ist vorgelesen (und genehmigt) worden. Das ergibt deren mit der Bestätigung der Richtigkeit versehene Übertragung in die gewöhnliche Schrift. Zwar hätte die Fest-

stellung, daß die kurzschriftliche Niederschrift vorgelesen worden ist, in das Protokoll gehört (Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. § 163 a Anm. I). Indessen kann die Nichtbeachtung dieser Vorschrift im Revisionsrechtszug schon im Hinblick auf § 295 ZPO nicht mehr mit Erfolg gerügt werden.

c) Die Bedenken, welche die Revision gegen die in dem Beweisbeschluß enthaltene Formulierung des Beweisthemas erhebt, geben bezüglich des zweiten Satzes der Formulierung Anlaß zu folgenden Bemerkungen: Zwar hat der Zeuge bei seiner ersten Vernehmung schließlich auf richterlichen Vorhalt bekundet, er erinnere sich genau, daß zu seiner Verwunderung der Erblasser erklärt habe, er werde 9000 DM bezahlen und das Geld nach Ulm mitbringen, nachdem [und obwohl] der Kläger es vorher abgelehnt hatte, den Betrieb des Hotels dem Verlangen des Erblassers entsprechend noch bis zum 20. April 1957 weiterzuführen. Indessen dürfte die Möglichkeit nicht ohne weiteres auszuschließen sein, daß der Zeuge bei Beantwortung des Vorhalts die Erklärung des Erblassers nur in seiner eigenen Sicht zusammengefaßt wiedergegeben hat, ohne damit seine vorangegangene Aussage, nach der der Erblasser sich nicht ausdrücklich mit der Zahlung von 9000 DM einverstanden erklärt hat, und nach der er (der Zeuge) [nur] den Eindruck gehabt hat, die Parteien seien über die Zahlung der 9000 DM zur [teilweisen] Abgeltung ihrer gegenseitigen Forderungen einig gewesen, berichtigen, insbesondere im Sinne der Darstellung des Klägers verstärken zu wollen. - In diesem Zusammenhang wird nicht unberücksichtigt bleiben können, daß der Zeuge bei der zweiten Vernehmung, deren Ergebnis das Berufungsgericht zu dem Beweisbeschluß veranlaßt hat, nicht bekundet hat, der Erblasser habe erklärt, er werde die 9000 DM bezahlen, sondern - auf richterlichen Vorhalt seiner in der ersten Aussage zunächst gemachten Bekundung, nach der der Erblasser nicht erklärt hat, "mit dem Betrag von 9000 DM

einverstanden" zu sein - ausgesagt hat, er habe aus der vom Erblasser mehrfach geäußerten Zusage 9000 DM nach Ulm mitzubringen, [nur] geschlossen, daß er mit seinem (des Zeugen) Vorschlag einverstanden sei. Deshalb wird zu prüfen sein, ob der zweite Satz des in dem Beweisbeschluß enthaltenen Beweisthemas mißverständlich oder sogar - wie die Revision meint - unrichtig ist und deshalb bei etwaiger Wiederholung der Beweisaufnahme anders zu fassen sein wird. Das gilt umsomehr, als der Erblasser die vom Berufungsgericht gewählte Fassung vor der dritten Vernehmung des Zeugen nicht mit dem Erfolg zu bemängeln vermochte, daß das Berufungsgericht genötigt gewesen wäre, der Rüge zu entsprechen (§ 360 Satz 1 ZPO). Immerhin hat der Erblasser vor Beginn der dritten Vernehmung dem Berufungsgericht gegenüber - freilich ohne Erfolg - angeregt, die angeordnete Beeidigung des Zeugen auf dessen frühere Aussagen im ganzen auszudehnen und damit dem Sinne nach seiner Ansicht Ausdruck gegeben, daß der Beweisbeschluß dem Ergebnis der vorangegangenen Vernehmungen des Zeugen nicht mit der gebotenen Genauigkeit Rechnung trage.

Darüber hinaus lag es auch abgesehen von dieser Anregung und ohne förmliche Änderung des Beweisbeschlusses hier nahe, der Aufgabe zur Wahrheitserforschung besonders sorgfältig nachzukommen. Es ist mindestens zweifelhaft, ob das Berufungsgericht diese Aufgabe angemessen erfüllt hat, indem es sich darauf beschränkt hat, bei der dritten Vernehmung des Zeugen die beiden Sätze des Beweisthemas vorzulesen und es bei der jede eigene Darstellung entbehrenden Bemerkung des Zeugen: "Diese Angaben treffen zu" bewenden zu lassen. Das Berufungsgericht wird prüfen müssen, ob dieses Verfahren im vorliegenden Fall der Bestimmung des § 396 Abs. 1 ZPO gerecht geworden ist; denn angesichts der bis dahin in zwei Bekundungen hervorgetretenen Unsicherheit des Zeugen über das, was der Erblasser nach seiner (des Zeugen)

Erinnerung erklärt hat, und des Umstandes, daß er jedenfalls bei seiner zweiten Vernehmung nicht das ausgesagt hat, was er nach dem zweiten Satz des Themas des Beweisbeschlusses angeblich bekundet hatte, dürfte es mindestens angebracht gewesen sein, den Zeugen gerade bei der dritten Vernehmung, die doch zu seiner Beeidigung führen sollte, zu veranlassen, den Sachverhalt im Zusammenhang zu schildern. Anlässlich der etwaigen Wiederholung der Vernehmung wird das Berufungsgericht an Hand dieser Erwägungen prüfen müssen, ob durch die etwa beabsichtigte Art der Vernehmung den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung, insbesondere in § 396 Abs. 1 genügt ist.

d) Für die Beweiswürdigung gilt folgendes: Wenn - wie hier - drei Vernehmungen mit einem zeitlichen Abstand von 8 1/2 Monaten, von 1 1/2 Jahr und von mehr als 2 Jahren seit der den Gegenstand der Vernehmung bildenden Besprechung vorliegen, so wird in der Regel der Umstand, daß das Berufungsgericht den Zeugen nach dem ruhigen, sachlichen und bestimmten Eindruck, den er bei der dritten Vernehmung auf es gemacht hat, für ehrlich hält, nicht als Begründung dafür genügen, daß es dieser zeitlich letzten Aussage folgt. Dies gilt umsomehr, wenn - wie hier - das Landgericht mit eingehender Begründung zum gegenteiligen Ergebnis auf Grund der ersten Aussage gelangt ist und diese erste Aussage entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch so verstanden werden kann, daß sie keine Bestätigung der dritten Aussage darstellt. - Darin, daß der Erblasser ausweislich der ersten [und zweiten] Bekundung des Zeugen geäußert hat, er werde die 9000 DM nach Ulm mitbringen, wird nämlich ein Anzeichen für die Richtigkeit der dritten Aussage, d.h. des ausdrücklich erklärten Einverständnisses des Erblassers, mit dem Vorschlag des Zeugen nach Lage der Umstände nicht ohne weiteres gefunden werden können; denn diese Äußerung des Erblassers kann einen bloß

hinhaltenden Charakter oder auch die Bedeutung gehabt haben, daß der am 28. März 1957 in Zeitnot befindliche Erblasser bereit sei, [nur fünf Tage später] in Ulm die vom Zeugen angestrebte Vereinbarung über die Abgeltung der beiderseitigen Forderungen zu treffen und sofort zu erfüllen, falls eine Einigung auch über die drei bis dahin noch offen gebliebenen Punkte erzielt werden sollte.

V. In der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht für den Fall, daß es wiederum eine Einigung der Parteien des bisher von ihm angenommenen Inhalts als am 28. März 1957 zustande gekommen betrachtet, in Rücksicht auf § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB entsprechend dem Hinweis der Revision sein Augenmerk darauf zu richten haben, ob die nicht erzielte Einigung über die Einbeziehung von Verwendungsansprüchen der Kläger für das Badezimmer, das Heizungsgebläse und die Spülmaschine in die Abgeltung wirklich ohne weiteres - wie es im angefochtenen Urteil angenommen ist - nur unwesentliche Nebenpunkte betraf. Nach der Bekundung des Zeugen belaufen sich die Forderungen der Kläger hierfür immerhin insgesamt auf mehr als 2000 DM; gerade die Höhe dieser Forderungen könnte einen Anhalt dafür bieten, daß es sich nicht um unwesentliche Nebenpunkte gehandelt hat.

VI. Falls das Berufungsgericht das Ergebnis der Besprechung vom 28. März 1957 für unerheblich oder den Beweis dafür, daß dabei eine Abgeltungsvereinbarung zustande gekommen sei, als nicht erbracht ansehen sollte, wird es

zu der Hilfsbegründung Stellung zu nehmen haben, die
die Kläger ihrem Anspruch im zweiten Rechtszug gegeben
haben.

Dr. Pagendarm

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Spieler

Dr. Mezger