

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO § 398

Ist die Aussage eines im ersten Rechtszuge vernommenen Zeugen so, wie sie sich aus der Niederschrift ergibt, doppeldeutig, so muß ihn das Berufungsgericht erneut vernehmen, wenn es dessen Aussage anders als der Erstrichter verstehen will.

BGH, Urt.v. 13. März 1968 - VIII ZR 217/65 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 217/65

URTEIL

Verkündet am

13. März 1968
Jodas, Justiz-
angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Betriebsberaters Günter B. in M., F.
I. Straße,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

gegen

den Steuerberater Dr. Günther Mi. in Be.-Z.-
Mö. Straße,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. und Dr. -.

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. März 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Weber, Normann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Kammergerichts vom 4. November 1965 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war in Be[REDACTED] als Berater von Wirtschaftsunternehmen tätig. Seine Hauptkunden waren die Firma Sch[REDACTED] und eine Orgelbauwerkstatt, von denen er ein jährliches Honorar von 14 000 DM und 16 000 DM bezog. Als er seinen Tätigkeitsbereich zum 1. April 1963 nach M[REDACTED] verlegen wollte, bot er in einer Zeitungsanzeige einem Wirtschafts- und Steuerfachmann den Eintritt in seine Beratungs-Mandate an. Darauf meldete sich der Beklagte, Prokurist und Vertreter der Prüfungs- und Treuhand GmbH in Fr[REDACTED] (demnächst: Prüf-Treu) für den Raum Be[REDACTED]. Mit ihm schloß der Kläger am 20. Februar 1963 folgenden Vertrag:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

"Der Übergang der Mandate ist von der Zustimmung der Auftraggeber abhängig. Der Kaufpreisanspruch von 80 % (i.W. Achtzig v.H.) entsteht sofort, nachdem die umstehende Gesellschaft im Besitze der Auftragsbestätigungen in irgendeiner Form ist. Die Zahlung des Kaufpreises wird wie folgt vorgenommen:

1. Fa. Sch[REDACTED], jährliches Honorar 14 000,-- DM, davon 80 %, in bar zahlbar innerhalb 10 Tagen nach Vertragsabschluß oder dem gleichzusetzender Vereinbarung.
2. Be[REDACTED] Orgelbauwerkstatt GmbH, jährliches Honorar 16 000,-- DM, davon 80 %,
 - a) in bar zahlbar innerhalb 10 Tagen nach Vertragsabschluß oder dem gleichzusetzender Vereinbarung in Höhe von 40 %.
 - b) unter der Voraussetzung, daß das Mandat noch besteht:

am 1.1.1964 weitere 20 %
am 1.4.1964 weitere 20 %

.

Der Veräußerer:

gez. Günter B[REDACTED]

für die Gesellschaft

Zahlung des Kaufpreises
bis spätestens 25.3.1963

gez. ppa Dr. Mi[REDACTED]

In den folgenden Tagen führte der Kläger den Beklagten bei den beiden Firmen ein. Diese bestätigten alsbald die Übertragung ihrer Mandate vom Kläger auf die Prüf-Treu. Jedoch lehnte deren Geschäftsführer Fö[REDACTED] mit Schreiben vom 21. März 1963 an die beiden Firmen die Übernahme der Mandate ab.

Da die Prüf-Treu sich weigerte, dem Kläger den Kaufpreis von zusammen 24 000 DM zu zahlen, nimmt er nunmehr den Beklagten persönlich auf Zahlung des Kaufpreises in Anspruch. Nach seiner Ansicht hatte der Beklagte die beiden Mandate, vorausgesetzt, daß die bei-

den Firmen deren Übertragung zustimmten, bindend für die Prüf-Treu erworben, so daß dieser nicht mehr die Entscheidung vorbehalten blieb, ob sie die Mandate übernehmen wollte oder nicht. Zu einem derart bindenden Vertragsschluß habe der Beklagte, der nur Gesamtprokura hatte, aber keine Ermächtigung der Prüf-Treu gehabt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt der Kläger seinen Klaganspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Der Kläger kann mit seiner Klage nur Erfolg haben, wenn er zwei Voraussetzungen dartut, wobei die eine aus der anderen folgt. Einmal muß seine Auffassung zutreffen, sein Kaufpreisanspruch, also die Zahlungsverpflichtung der Prüf-Treu, sei schon entstanden, als die beiden Be[REDACTED] Firmen sich mit der Übertragung der Mandate einverstanden erklärten. Er muß daher die anders lautende Auffassung des Beklagten - offenbar auch der Prüf-Treu - widerlegen, wonach er mit den beiden Firmen, wenn auch auf Veranlassung des Klägers, neue und besondere Bera- tungsverträge schließen und dabei deren Genehmigung der Prüf-Treu vorbehalten bleiben sollte. Außerdem muß der Kläger, als zweite Voraussetzung seiner Klage, beweisen, daß der Beklagte, der vor Abschluß des Vertrages vom 20. Februar 1963 mit Fö[REDACTED], dem Geschäftsführer der Prüf-Treu, gesprochen hatte, dabei zum Abschluß eines solchen, seine Gesellschaft sofort bindenden Vertrages nicht bevollmächtigt worden war.

Das Landgericht hat diese beiden Anspruchsvoraussetzungen bejaht. In eingehenden Ausführungen hat es den Vertrag vom 20. Februar 1963 dahin ausgelegt, daß der Beklagte der Prüf-Treu nicht die Möglichkeit offen gehalten habe, die beiden Mandate abzulehnen. Es hat aufgrund der Aussage des von ihm vernommenen Zeugen Fö[REDACTED] weiter festgestellt, daß nach dessen "eindeutiger und glaubwürdiger Aussage" zwar davon auszugehen sei, daß der Beklagte bevollmächtigt gewesen war, einen Vertrag des Inhalts, wie er am 20. Februar 1963 vereinbart war, für den Fall zu schließen, daß Beratungsverträge zwischen der Prüf-Treu und den früheren Mandaten des Klägers zustande kommen würden. Der Beklagte sei aber nicht befugt gewesen, die Prüf-Treu zum Abschluß solcher Beratungsverträge in der Weise zu verpflichten, daß die Entscheidung über Annahme oder Ablehnung nur noch bei den beiden Firmen gelegen und daher die Prüf-Treu keine Wahl mehr gehabt habe. "Auch das hat der Zeuge Fö[REDACTED] klar zum Ausdruck gebracht" (so S. 6 des landgerichtlichen Urteils).

Das Berufungsgericht hat die Aussage des Zeugen umgekehrt gewürdigt. Nach seiner Auffassung hat Fö[REDACTED] bekundet, daß der Beklagte nach der zwischen ihnen getroffenen Absprache ermächtigt gewesen sei, den Vertrag so abzuschließen, wie er am 20. Februar 1963 formuliert war. Da der Beklagte somit seine Vollmacht nicht überschritten habe, könne sich der Kläger nicht an ihn halten.

II. Diese Würdigung der Aussage des Zeugen beruht, wie die Revision mit Recht rügt, auf Verfahrensverstöß.

1. In erster Reihe macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe § 288 ZPO verletzt, als es in eine erneute Würdigung der Zeugenaussage eingetreten sei. Der Beklagte habe sich nämlich in seiner Berufungsbegründung allein dagegen gewandt, daß das Landgericht den Vertrag als für seine Gesellschaft bindend ausgelegt habe, nicht aber gegen die Ansicht des Landgerichts, daß er, sollte der Vertrag so wie geschehen, auszulegen sein, dazu keine Vollmacht gehabt haben (S. 7 d. Berufungsbegründung).

Die Revision will in dieser Schriftsatzstelle ein Geständnis des Beklagten sehen, daß er nur beschränkt bevollmächtigt gewesen sei und daß das Berufungsgericht nur noch zu entscheiden gehabt habe, wie der Kaufvertrag auszulegen sei. Diese Rüge greift nicht durch. Ein gerichtliches Geständnis käme überhaupt nur dann in Frage, wenn der Beklagte das, was er in jenem Schriftsatz hatte vortragen lassen, auch in der mündlichen Verhandlung, auf die es nach § 288 ZPO ankommt, wiederholt hätte. Das läßt sich aber nicht feststellen. Ausweislich des Tatbestandes des angefochtenen Urteils hat der Beklagte vielmehr geltend gemacht, er habe den Vertrag im Rahmen der ihm erteilten Vollmacht abgeschlossen (BU S. 6). Wenn das Berufungsgericht das, was der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten in der Berufungsbegründung ausgeführt hatte, nicht als ein bindendes Geständnis angesehen hat, so ist dagegen nichts einzuwenden. Denn jene Schriftsatzstelle beginnt mit den Worten: "Selbst wenn man aber einmal unterstellt ...", läßt also nicht auf den unbedingten Willen des Beklagten schließen, die tatsächlichen Behauptungen des Klägers als bindend hinzunehmen.

2. Mit Recht rügt jedoch die Revision Verletzung des § 398 ZPO. Das Berufungsgericht durfte die Aussage des Zeugen nur dann anders als das Landgericht würdigen, wenn es den Zeugen nochmals selbst vernommen hatte.

a) Nach § 398 Abs. 1 ZPO steht zwar die wiederholte Vernehmung eines Zeugen grundsätzlich im Ermessen des Gerichts. Dieses Ermessen ist aber nicht frei, sondern muß pflichtgemäß ausgeübt werden. Allgemeine Regeln dafür, wann das Berufungsgericht den im ersten Rechtszug vernommenen Zeugen nochmals vernehmen muß, lassen sich nicht aufstellen. Es kommt auf die jeweilige Sachlage an. Anerkannt ist, daß das Berufungsgericht die persönliche Glaubwürdigkeit eines Zeugen nicht anders als der Erstrichter beurteilen darf, wenn es ihn nicht selbst gesehen und gehört hat (BGH Urteile vom 26. September 1963 - II ZR 138/61 = LM ZPO § 398 Nr. 2 = MDR 1964, 33 und vom 1. Oktober 1964 - VII ZR 225/62 = LM ZPO § 398 Nr. 3 = NJW 1964, 2414 = BGHWarn 1964 Nr. 210). Um einen solchen Fall handelt es sich hier jedoch nicht. Auch ist dem Berufungsgericht nicht verwehrt, das, was ein im ersten Rechtszug vernommener Zeuge ausgesagt hat, entgegen der Würdigung des Erstrichters für nicht ausreichend zu halten, den zu führenden Beweis zu erbringen (vgl. Senatsurteil vom 5. Juli 1967 - VIII ZR 169/65 S. 6 = WM 1967, 900, 901). Eine wiederholte Vernehmung des Zeugen kann dann nicht verlangt werden. Anders liegt die Sache aber dann, wenn das Berufungsgericht den Inhalt einer Zeugenaussage anders verstehen will, als dies der Erstrichter getan hatte. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Aussage so, wie sie in der Niederschrift festgehalten ist, widersprüchlich oder doppeldeutig ist. Welchen Sinn

die Aussage eines Zeugen hatte, kann verlässlich nur der Richter beurteilen, den der Zeugen gehört, daher die Möglichkeit hatte, durch Vorhalte und Rückfragen Unklarheiten und Zweifel zu beheben. Seine Würdigung kann gerade auf solchen Rückfragen usw. beruhen, die indes erfahrungsgemäß nicht immer in die Niederschrift aufgenommen worden sind. Daher ist bei Würdigung einer Aussage lediglich aufgrund des Wortlauts der Niederschrift Vorsicht geboten.

b) Hier hatte Fö[REDACTED] bekundet:

"Der Beklagte ... hat die Aufgabe, unsere Be-
[REDACTED] Klienten zu betreuen. Es liegt im Rahmen
seiner Arbeit, auch neue Mandate jeweils nach
Absprache mit mir anzunehmen. Im Falle B[REDACTED]
(d.i. der Kläger) hat Dr. Mi[REDACTED] (d.i. der Be-
klagte) mich angerufen und mir mitgeteilt, daß
die Prüfungs- und Treuhandgesellschaft Mandate
von Herrn B[REDACTED] übernehmen könnte, wenn 80 % eines
Jahreshonorars als Abgeltung an Herrn B[REDACTED] ge-
zahlt würden. Ich habe den Beklagten ermächtigt,
auf dieser Basis mit dem Kläger abzuschließen,
unter der Bedingung, daß Mandatsverträge mit den
beiden Kunden zustande kämen.

Auf Vorhalt des Proz. Bev. des Klägers:
Herr Dr. Mi[REDACTED] war zum Abschluß des Vertrages,
wie er am 20. Februar 1963 schriftlich formuliert
worden ist, ermächtigt."

Dem Berufungsgericht kann zugegeben werden, daß vor
allem der auf den Vorhalt des Klägers vom Zeugen hinzu-
gefügte Satz für die Würdigung des Berufungsgerichts
spricht. Dagegen könnte - muß aber nicht - der Schluß-
satz der zunächst vom Zeugen gemachten Bekundung dafür
sprechen, daß zu der "Bedingung", unter der der Beklag-
te abschließen durfte, nicht bloß die (selbstverständ-
liche) Zustimmung der beiden Mandanten zu verstehen war,

sondern auch die Genehmigung der Prüf-Treu, indem erst dann die Mandatsverträge mit den beiden Kunden "zustande gekommen" sein sollten. In diese Richtung konnte auch das Schreiben Fö [REDACTED] vom 4. April 1964 weisen, das dieser einige Wochen vor seiner Vernehmung an den Beklagten gerichtet hatte. Mit diesem Brief hat sich das Berufungsgericht, was die Revision rügt (§ 286 ZPO), nicht auseinandergesetzt. Offenbar aber hatte sich das Landgericht für seine Auslegung auch auf diesen Brief gestützt. Denn es benutzt bei seiner Würdigung nahezu dieselben Worte, die der Brief enthält. Das Berufungsgericht mußte sich daher fragen, aus welchen Gründen das Landgericht, das sein Urteil unmittelbar nach der Aussage Fö [REDACTED] verkündet hat, dessen Bekundungen so, wie geschehen, zu Lasten des Beklagten aufgefaßt hatte und nicht so wie das Berufungsgericht, das sich allein an den, zudem im entscheidenden Punkt nicht genügend eindeutigen Wortlaut der Aussage hält. Es läßt sich daher nicht ausschließen, daß das Berufungsgericht damit den wahren Sinn der Aussage verkannt hat und diesen bei nochmaliger Vernehmung des Zeugen anders, als es jetzt angenommen hat, ermittelt haben würde - dies vor allem dann, wenn es dem Zeugen klar gemacht hätte, daß es dann, wenn die Auslegung des Kaufvertrages durch das Landgericht und das Berufungsgericht zutreffend ist, auf das, was der Zeuge "Bedingung des Zustandekommens" nennt, entscheidend ankommt:

III. Das angefochtene Urteil wird daher von der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht getragen. Es kann auch nicht aus anderen Gründen aufrechterhalten bleiben (§ 563 ZPO).

Allerdings wäre die Abweisung der Klage im Ergebnis zutreffend, wenn der vom Beklagten geschlossene Vertrag der Prüf-Treu das Recht vorbehalten hätte, die Beratungsaufträge abzulehnen. Das hat das Landgericht nach Würdigung des Vertragswortlauts und der übrigen Umstände verneint. Daß das Berufungsgericht den Vertrag anders ausgelegt hätte, ist nach dem Inhalt des angefochtenen Urteils nicht anzunehmen. Vielmehr scheint sich auch das Berufungsgericht nicht der Meinung des Beklagten angeschlossen zu haben, der Kaufpreis werde erst dann geschuldet, wenn die Prüf-Treu mit den Mandanten neue Aufträge geschlossen hätte. Auch das Berufungsgericht will offenbar in dem Vertrag vom 20. Februar 1963 eine Übernahme der bisher zwischen dem Kläger und den beiden Firmen laufenden Verträge sehen, bei denen es daher keiner Neuabschlüsse durch die Prüf-Treu bedurft habe, sondern "nur noch der Zustimmung des verbleibenden Vertragspartners" (BU S. 7). Bei solcher Auslegung des Vertrages ist der erkennende Senat nicht in der Lage, die Klageabweisung zu bestätigen.

IV. Das angefochtene Urteil mußte daher mit den Feststellungen aufgehoben werden und die Sache zu erneuter Prüfung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen war, da diese vom endgültigen Ausgang der Sache abhängt.

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Dr. Weber

Mormann

Braxmaier