

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 221/74

URTEIL

Verkündet am

3. März 1976

Scheibl,  
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma S [REDACTED], Devices, Inc. [REDACTED] O [REDACTED] T [REDACTED]  
Road Ta [REDACTED] in N [REDACTED] Y [REDACTED], NY, vertreten  
durch Benjamin Fr [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. die Firma A [REDACTED] Deutschland GmbH in Wi [REDACTED],  
H [REDACTED] str. [REDACTED], vertreten durch den Geschäfts-  
führer W.G. Pr [REDACTED],

2. den Kaufmann Wolfgang Pr [REDACTED], ebenda,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] u. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. März 1976 durch die Richter Braxmaier, Claßen, Hoffmann, Wolf und Merz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 12. Juli 1974 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 17. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Die Klägerin und die Beklagte zu 1 knüpften 1968 Geschäftsbeziehungen an. Die Klägerin lieferte elektronische Artikel, insbesondere Halbleiterbauelemente. Die Beklagte zu 1 verkaufte die Ware im eigenen Namen und auf eigene Rechnung weiter. Aus Warenlieferungen war bis Juli 1970 zugunsten der Klägerin ein Kaufpreissaldo von 134 510,55 \$ aufgelaufen. Über die Tilgung dieses Betrages entstand ein Schriftwechsel. Darin machte die Beklagte zu 1 u.a. Gegenansprüche geltend, die sie aus einer Verletzung des ihr angeblich eingeräumten Alleinvertriebsrechts für Deutschland durch Direktverkäufe der Klägerin hergeleitet und mit 80 000 \$ entgangenen Gewinns

- 3 -

beziffert hat. Unstreitig verringerte sich die Kaufpreisforderung der Klägerin in der folgenden Zeit um ca. 60 000 \$. Über eine weitergehende Tilgung und Gegenforderungen der Beklagten besteht Streit.

Mit der im September 1971 erhobenen Klage nahm die Klägerin die Beklagte zu 1 auf Zahlung von 74 749,82 \$ in Anspruch und machte geltend, dabei handle es sich um den Rest der mündlich und schriftlich anerkannten Kaufpreisschuld.

Im Zuge außergerichtlicher Vergleichsverhandlungen trafen die Parteien mit ihren Prozeßbevollmächtigten am 13. Januar 1972 zu einer Besprechung zusammen, bei der ein Text mit der Überschrift "Vergleich" auf Tonband gesprochen wurde.

Nach der Darstellung der Klägerin handelt es sich bei dem Text um einen wirksam abgeschlossenen Vergleich, während die Beklagten auf dem Standpunkt stehen, es sei der Entwurf für einen beabsichtigten Vergleich.

Ihrer Sachdarstellung entsprechend hat die Klägerin das Klagebegehren geändert und in erster Linie beantragt, beide Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 40 000 \$ zuzüglich Zinsen und den Beklagten zu 2 außerdem zur Abtretung und Bestellung von Grundschulden zu verurteilen. Das ursprüngliche Klagebegehren hat sie als Hilfsantrag aufrechterhalten.

Das Landgericht hat dem Hauptantrage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen.



Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

### Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat das Zustandekommen eines außergerichtlichen Vergleichs verneint, den hilfsweise geltend gemachten Kaufpreisanspruch bis zum Betrage von 39 754,72 \$ als "abgetragen" und die danach verbleibende Restforderung als durch Aufrechnung erloschen angesehen.

1. Im einzelnen hat die Vorinstanz zur Frage des Abschlusses eines außergerichtlichen Vergleichs ausgeführt, am 13. Januar 1972 sei kein Vertrag zustandegekommen, aus dem die Klägerin Rechte gegen die Beklagte zu 1 (Anerkennung) und gegen den Beklagten zu 2 (Schuldmitübernahme) herleiten könne. Die Klägerin habe nicht beweisen können, daß der Beklagte zu 2 für seine Firma und für sich selbst die im Laufe des 13. Januar 1972 abgesprochene Vereinbarung mit der Klägerin in ihrer Gesamtheit und endgültig angenommen habe. Ein Vergleich der Aussagen der an der Verhandlung beteiligten Zeugen ergebe, daß der Zeuge B. die Sache für erledigt gehalten habe, ohne das begründen zu können, daß der vom Beklagten zu 2 beauftragte Rechtsanwalt Th. keinen Vertragsschluß angenommen habe und die Anwälte der Klägerin, Dr. Mi. und M., zwar einen bindenden Abschluß bejaht, diesen aber auf unterschiedliche Zeitpunkte gelegt und außerdem auf Äußerungen des Beklagten zu 2 gestützt hätten, die nicht als ausreichende Zustimmung zu einem derartig wichtigen Vertrag gewertet werden könnten.

2. Das hält einer Nachprüfung nicht in jeder Hinsicht stand.

a) Die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen, die von den Beteiligten im Laufe der mehrstündigen Verhandlungen am 13. Januar 1972 abgegeben worden sind und ihre Würdigung nach dem Ergebnis der hierzu ausschließlich im ersten Rechtszuge erhobenen Beweise ist in der Revisionsinstanz nur in begrenztem Umfang nachprüfbar. Erweist sie sich als möglich, und hat der Tatrichter außerdem alle wesentlichen Gesichtspunkte des konkreten Geschehensablaufs beachtet und bei seinen Erwägungen weder gegen Denkgesetze noch gegen allgemeine Erfahrungssätze verstoßen, so bindet seine Auslegung und Beweiswürdigung das Revisionsgericht auch dann, wenn sie diesem als weniger sachgerecht erscheint, als eine denkbar andere, womöglich gegenteilige.

b) Die Wertung der Aussagen der Zeugen Dr. Mi [REDACTED] und M [REDACTED] durch das Berufungsgericht ist an sich möglich, obwohl sie mit derjenigen des Landgerichts, das sich seine Überzeugung aufgrund eines unmittelbaren Eindrucks von den Zeugen gebildet hat, unvereinbar ist.

Die in die deutsche Geschäfts- und Umgangssprache übernommene Wendung "okay" bedeutet zwar hier wie in ihrer angelsächsischen Heimat auch Zustimmung, so daß im Gebrauch dieses Wortes die Annahme des Angebots zum Abschluß eines Vertrages gesehen werden kann. Darin erschöpft sich indessen seine Bedeutung nicht. Nicht selten wird mit "okay" ausgedrückt, man habe eine Erläuterung oder einen bestimmten Hinweis inhaltlich verstanden. So könnte es im vorliegenden Falle gewesen sein, denn nach

der Aussage Dr. Mi[REDACTED] hat der Beklagte zu 2 okay gesagt, nachdem ihm auf seine Frage, worin bei dem Vergleich eigentlich das Nachgeben der Klägerin liege, bedeutet worden war, es sei in dem Verzicht auf Zinsen zu sehen. "Okay" braucht dann nicht mehr zu bedeuten als "aha" oder "verstanden".

Die Auslegung, der die Revision den Vorzug geben möchte, ist mithin nicht zwingend.

Weit weniger plausibel, aber gleichwohl noch möglich, ist, daß das Berufungsgericht die im Anschluß an das Tonbanddiktat gefallene Äußerung des Beklagten zu 2, "damit habt ihr mich ruiniert", nicht als Indiz für sein bindendes Einverständnis zu dem auf Tonträger diktierten Text gewertet hat. Der Revision muß zugegeben werden, daß allein wegen der sprachlichen Formulierung (insbesondere der Verwendung des Perfekts) sich der Gedanke aufdrängt, auch der Beklagte habe den Vergleich als beschlossene Sache angesehen. Zwingend ist das jedoch gleichfalls nicht.

c) Die Revision hat indessen darin recht, daß die Vorinstanz bei der Auslegung und Wertung der im Verlaufe der Verhandlungen am 13. Januar 1972 abgegebenen Erklärungen die Möglichkeiten der Beweisaufnahme nicht erschöpft hat.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Zeuge Buser habe die Sache für erledigt gehalten, "ohne das näher begründen zu können", er habe keine Tatsachen dargelegt, die seinen Eindruck rechtfertigten.

Diese Wertung durfte die Vorinstanz nicht treffen, ohne den Zeugen erneut zu vernehmen. Der Ingenieur B■■■■ war im ersten Rechtszuge von der Klägerin für die den - geänderten - Klagehauptantrag begründenden Tatsachen, insbesondere für alle Einzelheiten, aus denen sie den wirksamen Abschluß eines Vergleiches am 13. Januar 1972 herleitete, als Zeuge benannt worden. Demgemäß hat das Landgericht im Beweisbeschluß vom 27. März 1972 seine Vernehmung über die Behauptungen der Klägerin,

"alle Beteiligten seien sich bei Abschluß der Besprechung und des Tonbanddiktats am 13.1.1972 darüber einig gewesen, daß damit eine verbindliche Einigung fixiert sei, es sei lediglich noch eine redaktionelle Bearbeitung ohne sachliche Änderungen vorgesehen worden, lediglich zur Erlangung eines Titels sei eine gerichtliche Protokollierung vorgesehen gewesen, Schriftform sei nicht vereinbart worden",

ohne Einschränkung in gleicher Weise angeordnet, wie die Vernehmung der Rechtsanwälte Dr. Mi■■■■, M■■■■ und Th■■■■. Während die Vernehmung der Zeugen Dr. Mi■■■■ und M■■■■ ausführlich protokolliert worden ist, umfaßt die Wiedergabe der Bekundungen des Zeugen B■■■■ nur wenige Sätze, darunter jenen, auf den das Berufungsgericht entscheidend abgehoben hat, "am Ende der Besprechung, als ich mit Herrn Se■■■■ weg mußte, um das Flugzeug zu erreichen, hatte ich den Eindruck, die Angelegenheit S■■■■ ./.. A■■■■ sei erledigt".

Für die Auffassung der Vorinstanz, der Zeuge B■■■■ habe seine Annahme, die Sache sei erledigt, nicht näher begründen können, fehlt ein Anhaltspunkt. Da das Landgericht allein aufgrund der Aussagen der Rechtsanwälte Dr. Mi■■■■ und M■■■■ einen wirksamen Vergleichsabschluß

angenommen und ersichtlich die Aussage B [REDACTED] nur als Bestätigung dessen gewertet hat, was ihm durch die vorausgegangene Vernehmung der Zeugen Dr. Mi [REDACTED] und M [REDACTED] schon bekannt war, liegt die Annahme nahe, daß das, was B [REDACTED] übereinstimmend mit beiden Anwälten bekundet hat, lediglich zusammenfassend protokolliert worden ist. War aber zu besorgen, daß die Aussage so, wie sie in der Niederschrift festgehalten worden ist, nur eine summarische Zusammenfassung dessen darstellt, was der Zeuge gesagt hat, mußte das Berufungsgericht, wenn es den Inhalt seiner Bekundung anders werten wollte, als das Landgericht, den Zeugen erneut vernehmen. Ob ein Zeuge nicht mehr sagen kann, als in der Niederschrift angegeben ist, kann, mangels irgendwelcher Anhaltspunkte im Protokoll (Schweigen des Zeugen auf Fragen oder Vorhalte u.ä.), nur der Richter beurteilen, der den Zeugen angehört hat und der daher die Möglichkeit hatte, durch Vorhalte oder Rückfragen Unklarheiten und Zweifel auszuräumen. Auf Befragen des Zeugen B [REDACTED], worauf im einzelnen er seinen Eindruck gründe, daß die Sache erledigt sei, hätte möglicherweise eine entscheidende Wende für die Beweiswürdigung insgesamt eintreten können. Dieser Chance durfte das Berufungsgericht die Klägerin nicht berauben.

Die erneute Vernehmung des Ingenieurs Buser zu dem Sachvortrag über den Vergleichsabschluß, wie ihn das Landgericht in dem zitierten Beweisbeschluß zusammengefaßt hat, ergänzt durch weiteres tatsächliches Vorbringen, hat die Klägerin in der Berufungserwiderung beantragt und überdies die Beeidigung des Zeugen verlangt.

Es bedeutet danach eine Verletzung der §§ 398, 286 ZPO, daß das Berufungsgericht den Zeugen B [REDACTED] nicht selbst

vernommen hat. Auf diesem Verfahrensfehler beruht das angefochtene Urteil. Eine Verletzung des § 398 ZPO hat die Revision in zulässiger Weise gerügt. Zwar enthält die Revisionsbegründung nicht die Paragraphenangabe "398 ZPO", die Vorschrift ist jedoch als angeblich verletzte Rechtsnorm genau genug bezeichnet. Das reicht für eine ordnungsgemäße Revisionsbegründung aus (vgl. Baumbach/Lauterbach, ZPO, 33. Aufl., Anm. 4 C zu § 554 ZPO).

3. Das angefochtene Urteil konnte danach keinen Bestand haben und mußte aufgehoben werden. Da für eine eigene Sachentscheidung des Senats auch - über den nur im Eventualverhältnis gestellten Hilfsantrag - kein Raum ist, war der Rechtsstreit gemäß § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO an einen anderen Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückzuverweisen.

II. Bei der anderweiten Verhandlung wird das Berufungsgericht auch die Aussage des Rechtsanwalts Th[REDACTED] eingehend würdigen müssen, denn die Feststellung, seine Angaben bei der Vernehmung vor dem Landgericht bestätigten, daß der Beklagte zu 2 keine bindende zustimmende Erklärung zu dem "ausgehandelten Vertrag abgegeben" habe, erschöpft die protokollierte Aussage nicht.

Schon für den Ausgangspunkt der Verhandlungen ist die vom Berufungsgericht außer acht gelassene Aussage Th[REDACTED] von Bedeutung. Er hatte nämlich dem Vertreter der Klägerin bereits vor dem 13. Januar 1972 die gewünschten dinglichen Sicherheiten für die - dem Betrage nach streitige - Restforderung angeboten und erklärt, auch über eine Mithaftung des Beklagten zu 2 - eine für das Zustandekommen des Vergleichs wichtige Frage - könne man reden. Zu beachten wird außerdem sein, daß Rechtsanwalt

Th[REDACTED] die von ihm bestätigte Äußerung des Zeugen M[REDACTED] nach Abschluß des Tonbanddiktats, die Vereinbarung "stehe" jetzt, immerhin so verstanden hat, daß über die Kernpunkte Einigkeit bestand.

Im Hinblick auf diese Erklärung des Zeugen darf auch nicht ungeklärt bleiben, welche Nebenpunkte denn offen geblieben wären. Rechtsanwalt Th[REDACTED] konnte konkret nur die Frage der Vertragsstrafen nennen. Dazu haben aber nicht nur die Rechtsanwälte Dr. Mi[REDACTED] und M[REDACTED], sondern auch der Zeuge B[REDACTED] ausgesagt, daß die Parteien von einer Vertragsstrafenreglung wegen ihrer Bedeutungslosigkeit im konkreten Falle abgesehen hätten.

III. Sollte das Berufungsgericht in der erneuten Verhandlung zu dem Ergebnis kommen, daß die Parteien sich mündlich bindend geeinigt haben, so steht der Wirksamkeit eines außergerichtlichen Vergleichs der Mangel der Schriftform nicht entgegen. Das hat das Landgericht zutreffend ausgeführt.

Der Veränderung des Streitgegenstands, die der Abschluß eines außergerichtlichen Vergleichs zur Folge hätte, hat die Klägerin im Wege der Klageänderung bereits Rechnung getragen.

Zu prüfen wird indessen sein, ob der Einwand der Anfechtung, den die Beklagten geltend gemacht haben, durchgreift. Mit dieser Verteidigung hat sich das Berufungsgericht bisher, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, nicht auseinandergesetzt.

IV. Gelangt das Berufungsgericht auch aufgrund der erneuten Verhandlung wiederum zu dem Ergebnis, daß ein

wirksamer außergerichtlicher Vergleich nicht vorliegt, gewinnt der Hilfsantrag der Klägerin und die Verteidigung der Beklagten zu 1 dagegen Bedeutung.

Das Berufungsgericht wird in diesem Falle Gelegenheit haben, sich mit den von der Revision ins Feld geführten Gesichtspunkten auseinanderzusetzen.

V. Da der endgültige Erfolg der Revision von der anderweiten Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts abhängt, war ihm auch die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittels vorzubehalten.

Braxmaier

Claßen

Hoffmann

Wolf

Merz