

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 279/82

URTEIL

Verkündet am
12. Oktober 1983
Schnurr,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma PVN-N[REDACTED]-Maschinenbau GmbH, vertreten durch
ihre Geschäftsführerin Ursula W[REDACTED], M[REDACTED]straße [REDACTED] in
G[REDACTED]-Me[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

den Kaufmann Karl S[REDACTED], Heinrich-Ma[REDACTED]-Straße [REDACTED] in
G[REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Oktober 1983 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Skibbe, Dr. Brunotte, Dr. Zülch und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 22. Januar 1982 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

Der Beklagte war bis zum Jahre 1980 Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft PVN-Normalien S. & R. in Gelnhausen. Mit schriftlichem Vertrag vom 8. Mai 1980 übernahm die klagende GmbH von der oHG sämtliche "aktiven und passiven Vermögensgegenstände". Die Übernahme sollte zu Buchwerten erfolgen, wie sie sich aus einer Bilanz der oHG zum 30. Juni 1980 ergeben würden. Diese Bilanz war gemäß § 2 Nr. 2 des Vertrages "nach den bisherigen Bilanzierungsgrundsätzen und -methoden" unter Mitwirkung des Steuerberaters der Verkäuferin, des Zeugen P., zu erstellen. In § 3 des Vertrages heißt es:

"Im Falle, daß die sich aus der Bilanz des Verkäufers zum 30.6.1980 ergebenden aktiven Vermögenswerte die passiven Vermögenswerte übersteigen, ist der Differenzbetrag binnen 60 Tagen nach Vorlage der Bilanz an den Verkäufer aus-zuzahlen. Übersteigen die passiven die aktiven Vermögensgegenstände, dann ist der entsprechende negative Differenzbetrag von dem Verkäufer binnen 60 Tagen nach Vorlage der Bilanz an die Käuferin zu zahlen".

Mit einer weiteren Vereinbarung vom 8. Mai 1980 übertrugen die Gesellschafter der oHG die der Gesellschaft zustehende "Vertretung N." auf die Klägerin. Der Beklagte sollte für die Zeit vom 1. Juli 1980 bis 31. Dezember 1982 einen Anteil in Höhe von 45 % der von der Klägerin aus den



N[REDACTED]-Geschäften erwirtschafteten Provisionen erhalten. Der Mitgesellschafter des Beklagten, der Zeuge R[REDACTED], war bei Abschluß der Verträge bereits alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Klägerin; inzwischen ist er Gesellschafter der Klägerin.

Grundlage der Bilanz zum 30. Juni 1980 sollte u.a. die auf diesen Tag zu erstellende Inventur sein. Bei der Anfertigung dieser Inventur beanstandete der Gesellschafter der Klägerin, der Zeuge W[REDACTED], daß bei den Fertig- und Halbfertigerzeugnissen zu hohe Werte eingesetzt seien; es sei von den Herstellungskosten und nicht - wie dies in der Vergangenheit geschehen war - von den Verkaufswerten auszugehen. Daraufhin wurden von den Inventurwerten Abschläge vorgenommen. Auf Verlangen des Steuerberaters P[REDACTED] wurde auch die Bilanz zum 31. Dezember 1979 entsprechend geändert. Der Beklagte unterzeichnete am 19. September 1980 die "Inventurberichtigung" für das Jahr 1979 und die Inventur zum 30. Juni 1980. Die Bilanz zum 30. Juni 1980, die dem Beklagten am 20. Oktober 1980 vorgelegt wurde, ergab ein negatives Kapitalkonto von 332.558,99 DM; davon entfielen auf den Beklagten 140.089,81 DM und auf den Gesellschafter R[REDACTED], der höhere Entnahmen getätigt hatte, der größere Restbetrag. Mit Schreiben seiner erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten vom 23. Oktober 1980 ließ der Beklagte die Anfechtung der Vereinbarung vom 8. Mai 1980 mit der Begründung erklären, ihm sei von der Klägerin zugesichert worden, daß er auch dann nicht zu Zah-

lungen herangezogen werde, wenn sich Passiva zu seinen Lasten ergeben würden.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Zahlung von jetzt noch 124.935,69 DM. Dieser Betrag setzt sich aus dem auf den Beklagten entfallenden negativen Kapitalkonto, vermindert um die ihm in der Zeit vom Juli 1980 bis Juli 1981 erteilten Provisionsgutschriften, sowie aus verschiedenen von der Klägerin für die oHG verauslagten Beträgen zusammen. In Höhe eines weiteren Teilbetrages hat die Klägerin den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Der Beklagte hält der Klage in erster Linie entgegen, der Zeuge R. [REDACTED] habe als Geschäftsführer der Klägerin mehrfach vor und nach dem Vertragsschluß vom 8. Mai 1980 erklärt, er, der Beklagte, brauche auch dann keinerlei Zahlungen zu erbringen, wenn sich aus der Bilanz ein für ihn negativer Differenzbetrag ergebe. Weiter macht der Beklagte geltend, daß sich ein Passivsaldo zu seinen Ungunsten nicht ergeben hätte, wenn die Bilanz in Anwendung der früheren Bilanzierungsgrundsätze erstellt worden wäre. Schließlich hat er sich auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen, weil die Klägerin ihn noch nicht aus der Inanspruchnahme von Sicherheiten freigestellt habe, die er der Volksbank G. [REDACTED] für Verbindlichkeiten der oHG hingegeben hatte.

Das Landgericht hat den Beklagten im wesentlichen antragsgemäß zur Zahlung Zug um Zug gegen Herbeiführung der Schuldent-

lassung aus der bei der Volksbank G [REDACTED] bestehenden Schuld und den hierfür gegebenen Sicherheiten verurteilt. Es ist dabei davon ausgegangen, die Beweisaufnahme durch Vernehmung u.a. der Zeugen R [REDACTED] und Annemarie S [REDACTED] - der Ehefrau des Beklagten und früheren, erst zum 10. Oktober 1980 ausgeschiedenen Buchhalterin der Klägerin - habe den von dem Beklagten behaupteten Verzicht der Klägerin auf den vertraglich festgelegten Zahlungsanspruch nicht ergeben. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der hiergegen gerichteten Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Aufgrund der - von ihm nicht erneut durchgeführten - erstinstanzlichen Beweisaufnahme sei es als bewiesen anzusehen, daß der Geschäftsführer der Klägerin, der Zeuge R [REDACTED], der Ehefrau des Beklagten mehrfach zugesichert habe, der Beklagte brauche auch im Falle eines negativen Ergebnisses der Bilanz nichts zu zahlen. Dies folge aus der glaubhaften Aussage der Zeugin

S [REDACTED], für deren Richtigkeit die gesamten Umstände sprächen. Denn der Absicht der Vertragsparteien, dem damals 58-jährigen Beklagten mit den Provisionsanteilen aus der Vertretung N [REDACTED] eine finanzielle Sicherheit bis zur Erreichung der Altersversorgung zu gewährleisten, laufe es zuwider, ihn bei negativem Kapitalkonto mit einer Zahlungsverpflichtung zu belasten. Auch das weitere Verhalten des Beklagten, der die Inventurliste zum 30. Juni 1980 und die geänderte Inventurliste zum 31. Dezember 1979 trotz Abweichens von den früheren Bilanzierungsmethoden akzeptiert habe, sei nur verständlich, wenn man von der von der Zeugin S [REDACTED] geschilderten Zusicherung ausgehe. Die Bekundungen des Zeugen R [REDACTED], der zwar seine Überzeugung, daß kein negatives Bilanzergebnis herauskommen werde, dargetan hatte, aber keine Zusicherung abgegeben haben wollte, könnten die Aussage der Zeugin S [REDACTED] nicht in Zweifel ziehen. Seine von der Zeugin S [REDACTED] wiedergegebenen Erklärungen seien nicht als unverbindliche Äußerungen, sondern als Willenserklärung im Sinne eines schuldrechtlichen Verzichts zu werten. Einer erneuten Vernehmung dieser Zeugen habe es, so meint das Berufungsgericht, nicht bedurft, weil es nicht die Glaubwürdigkeit der Zeugen anders als das Landgericht beurteilt, sondern lediglich deren Aussagen auf dem vom Landgericht nicht hinreichend berücksichtigten Hintergrund rechtlich anders gewertet habe.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgericht begegnen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

1. Nach dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils hat das Berufungsgericht in tatsächlicher Hinsicht der Aussage der Zeugin S. den Vorzug geben wollen vor der Bekundung des Zeugen R. Es hat dabei die Vorschriften der §§ 523, 398 ZPO verletzt. Hiernach steht es zwar grundsätzlich im Ermessen des Berufungsgerichts, einen in der Vorinstanz vernommenen Zeugen nochmals zu hören oder sich auf die Würdigung seiner protokollierten Aussage zu beschränken. Dieses Ermessen ist aber nicht frei, sondern muß pflichtgemäß ausgeübt werden. Dabei kommt es auf die jeweilige Sachlage an, wann das Berufungsgericht einen im ersten Rechtszug gehörten Zeugen erneut vernehmen muß. Nach feststehender Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und auch des erkennenden Senats ist das Berufungsgericht zur nochmaligen Vernehmung des Zeugen verpflichtet, wenn es bezüglich der persönlichen Glaubwürdigkeit dieses Zeugen von der Würdigung durch das Gericht erster Instanz abweichen will (Senatsurteile vom 8. Dezember 1976 - VIII ZR 108/75 = WM 1977, 76, 77 und vom 4. Oktober 1978 - VIII ZR 259/77 = LM ZPO § 398 Nr. 9). Das Berufungsgericht will zwar die Glaubhaftigkeit der Aussagen S. und R. nicht anders gewertet haben als das Landgericht. Wenn es indessen bei der Frage, ob der Zeuge R. die streitige Zusicherung abgegeben hat, seiner Entscheidung nicht die Bekundungen dieses Zeugen, sondern die Aussage der Zeugin S. zugrundegelegt hat, so hat es nicht den objektiven Aussageinhalt rechtlich anders gewürdigt als die Vorinstanz (dazu BGH Urteile vom 26. September 1963

- II ZR 138/61 = LM ZPO § 398 Nr. 2 und vom 21. April 1966
- II ZR 239/63 = VersR 1966, 577, 578), sondern in der Sache nichts anderes getan, als den Erklärungen des einen Zeugen mehr Glauben zu schenken als denen des anderen. Ein Fall, in dem dies zulässig ist, liegt nicht vor:

a) Nicht gefolgt werden kann der Auffassung des Beklagten, einer erneuten Vernehmung durch das Berufungsgericht habe es schon deshalb nicht bedurft, weil das Landgericht zu der Glaubwürdigkeit der Zeugen gar nicht Stellung genommen habe. Das Gegenteil ist der Fall. Der Gegenüberstellung der inhaltlich unterschiedlichen Aussagen in dem landgerichtlichen Urteil und der sich anschließenden Wertung, daß bei Beachtung der beiderseitigen Interessenlagen der Zeugen die Behauptung des Beklagten nicht als bewiesen angesehen werden könne, muß entnommen werden, daß das Erstgericht die Aussagen gegeneinander abgewogen hat, ohne sich von der Richtigkeit der einen oder anderen überzeugen zu können.

b) Die Verfahrensweise des Berufungsgerichts wird auch nicht durch seine Erwägung gerechtfertigt, es habe - anders als das Landgericht - den "Hintergrund" (gemeint ist offenbar: der Vereinbarung vom 8. Mai 1980 und der sich anschließenden Vorgänge) berücksichtigt. Ob und unter welchen Umständen die Verwertung objektiver Gesichtspunkte eine vom Erstrichter abweichende Würdigung einer Zeugenaussage durch das Berufungsgericht

auch ohne wiederholte Vernehmung zulässig machen könnte (dazu Senatsurteil vom 4. Oktober 1978 - VIII ZR 259/77 = LM ZPO § 398 Nr. 9; BGH Urteile vom 1. Oktober 1964 - VII ZR 225/62 = LM ZPO § 398 Nr. 3 und vom 16. Mai 1972 - VI ZR 29/71 = VersR 1972, 951), kann dahinstehen. Denn die vom Berufungsgericht angeführten - dem Landgericht im übrigen aus dem Parteivortrag und der Beweisaufnahme bekannten - "Hintergrundumstände" sind nicht geeignet, die Überzeugung von der Richtigkeit der Aussage der Zeugin S[REDACTED] und der Unrichtigkeit derjenigen des Zeugen R[REDACTED] zu vermitteln: Das Berufungsgericht gründet seine Wertung auf die angebliche Absicht der Vertragsparteien, dem Beklagten eine finanzielle Sicherheit bis zur Erreichung der Altersversorgung zu gewährleisten. Darin sieht die Revision zu Recht einen Verstoß gegen § 286 ZPO. Denn dieser Ausgangspunkt des Berufungsgerichts entspricht zwar der Behauptung des Beklagten und den Bekundungen der Zeugin S[REDACTED]. Die Klägerin hat sich demgegenüber aber stets auf den klaren Wortlaut des § 3 Satz 2 des Vertrages vom 8. Mai 1980 berufen, mit dem der Beklagte - ohne Rücksicht auf sein Bestreben, sich eine finanzielle Versorgung zu sichern - mit dem Risiko einer Ausgleichszahlung für den Fall belastet worden ist, daß die passiven die aktiven Vermögensgegenstände übersteigen. Weder die von dem Berufungsgericht nur unvollständig und einseitig gewürdigte wirtschaftliche Interessenlage noch die Aussage der Zeugin S[REDACTED], deren Glaubhaftig-

keit gerade belegt werden sollte, rechtfertigten es, den bestrittenen Vortrag des Beklagten über die Absicht der Vertragsparteien als festgestellt anzusehen.

c) Das Berufungsgericht wird sich daher einen eigenen Eindruck von der persönlichen Glaubwürdigkeit der Zeugen verschaffen müssen. Dabei wird es auch den Einwand der Revision in seine Überlegungen einbeziehen können, der Zeuge R. habe jedenfalls nicht im Namen der Klägerin gehandelt. Zwar ist der Revision nicht in ihrem Vortrag zu folgen, daß R. keine Vollmacht zum Abschluß eines Erlaßvertrages zu Lasten der Klägerin gehabt habe. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, gegen die die Revision eine Verfahrensrüge nicht erhebt, war R. zum fraglichen Zeitpunkt bereits alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Klägerin. Daraus folgt aber noch nicht, daß er auch in deren Namen aufgetreten ist. Der Zeuge R. war mit dem Beklagten und dessen Ehefrau nicht nur gut befreundet, sondern stand als ehemaliger Mitgesellschafter der oHG zugleich auf der Seite der Verkäuferin. Dies hat das Landgericht zu der nicht ganz fernliegenden Vermutung geführt, die Äußerungen R. könnten als dessen persönliche Erklärungen aufzufassen sein. Das Berufungsgericht, das hierauf nicht eingegangen ist, wird sich im Zusammenhang mit dieser Frage auch mit der Behauptung der Klägerin befassen können, der Zeuge W. habe sich an der Erörterung, ob es zu einem Schuldsaldo zu Lasten des Beklagten kommen könne, nicht beteiligt, sondern darauf gedrungen, das

Ergebnis der Bilanz abzuwarten; eine Aussage des von der Klägerin hierfür benannten Zeugen W [REDACTED] ist nicht protokolliert.

2. Die Ausführungen des Berufungsgerichts geben keine Veranlassung, sie als ausschließlich rechtliche Wertung der von dem Zeugen R [REDACTED] eingeräumten Erklärungen zu verstehen. Es bestünden auch materiell-rechtliche Bedenken dagegen, in einer Äußerung R [REDACTED], nach seiner Überzeugung werde bei der Geschäftsübertragung nichts Negatives für den Beklagten herauskommen, eine auf Abschluß eines Erlaßvertrages gerichtete Willenserklärung zu sehen. Schon grundsätzlich ist bei der Annahme eines Verzichtswillens des Gläubigers Zurückhaltung geboten (vgl. RGZ 84, 400, 415; 118, 63, 66). Dies gilt im vorliegenden Falle in besonderem Maße, weil das Ergebnis der Bilanz zum 30. Juni 1980 noch ausstand und die Klägerin nicht wußte, ob sich hieraus für sie ein Anspruch auf eine Ausgleichszahlung gegen den Beklagten ergeben würde. Die ganz eindeutige Regelung in § 3 Satz 2 des Vertrages vom 8. Mai 1980 hätte eine ebenso unmißverständliche Willenserklärung der Klägerin erfordert, wenn die Rechtsfolge dieser Bestimmung wieder hätte abbedungen werden sollen. Unter diesen Umständen konnte die Äußerung des Zeugen R [REDACTED] über das nach seiner Überzeugung zu erwartende Bilanzergebnis auch von der Zeugin S [REDACTED], der die Regelung in § 3 des Vertrages bekannt war, kaum als rechtlich verbindliche Verzichtserklärung, sondern eher nur als eine auf tatsächlichem Gebiet liegende Prognose verstanden werden. Aus den dargelegten

Gründen (oben unter II 1 b) erlauben die vom Berufungsgericht angeführten "Hintergrundumstände" keine andere Auslegung.

Ob eine Wertung der von R[REDACTED] eingeräumten Äußerung als auch rechtlich bedeutsame Erklärung näher liegen würde, wenn es nicht um den Abschluß eines Erlaßvertrages, sondern um eine - möglicherweise im Zusammenhang mit der Änderung der anzuwendenden Bilanzierungsgrundsätze - vereinbarte Änderung des § 3 des ursprünglichen Vertrages ginge, kann bei dem derzeitigen Verfahrensstand vor einer erneuten Sachaufklärung durch das Berufungsgericht offenbleiben.

3. Die angefochtene Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO).

a) Die von dem Beklagten erklärte Anfechtung des Vertrages vom 8. Mai 1980 kommt schon mangels eines Irrtums nicht zum Zuge, wenn ihm - wovon zugunsten der Revision auszugehen ist - auch vor Abschluß der Vereinbarung nicht die Zusage gegeben worden ist, er brauche bei einem negativen Bilanzergebnis keine Zahlungen zu leisten. Daß er eine anderslautende Erklärung mißverstanden und sich deshalb auf den Vertrag eingelassen hätte, macht der Beklagte selbst nicht geltend. Seine irriige Erwartung eines günstigen Bilanzergebnisses stellt keinen beachtlichen Irrtum im Sinne des § 119 BGB dar.

b) Ohne Erfolg nimmt der Beklagte die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage mit der Begründung für sich in Anspruch, die Vertragsparteien hätten gemeinsam erwartet, daß die Firmenübertragung für ihn nicht mit Verlusten verbunden sein werde. Für eine Berufung auf das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist kein Raum, wenn die Vertragspartner die Rechtsfolgen eines derartigen Fehlens im Vertrag ausdrücklich geregelt haben (BGH, Urteil vom 16. Juni 1971 - VII ZR 56/70 = WM 1971, 1120, 1121). Das Risiko eines ungünstigen Bilanzergebnisses war in § 3 des Vertrages dem Beklagten auferlegt.

c) Der Senat vermag nicht zu beurteilen, ob sich der Beklagte an der Unterzeichnung der Inventurlisten vom 31. Dezember 1979 und 30. Juni 1980 festhalten lassen muß, weil ihm - wie das Landgericht angenommen hat - die Abweichungen von den früheren Bilanzierungsmethoden bekannt waren, oder ob er geltend machen kann, daß er die Unterschriften ohne Wissen von den angewandten Bilanzierungsmethoden geleistet habe. Denn insoweit fehlt es an tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, das nach erneuter Vernehmung der Zeugen S. [REDACTED] und R. [REDACTED] gegebenenfalls zu prüfen haben wird, ob diese Feststellungen nachgeholt werden müssen oder ob dem Einwand des Beklagten nicht schon sein eigener Vortrag entgegensteht, er habe die Inventur-

listen ohne Kenntnisnahme von ihrem Inhalt unterschrieben (vgl. dazu z.B. Senatsurteil vom 21. Mai 1975 - VIII ZR 118/74 = WM 1975, 739, 740 unter II 6 a).

III. Nach allem konnte das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Aus Gründen der Vereinfachung hat es der Senat insgesamt aufgehoben, obwohl die Klage jedenfalls insoweit zu Recht abgewiesen worden ist, als die Klägerin auch Mehrwertsteuer auf die Zinsen verlangt hat (vgl. EuGH NJW 1983, 505). Da es weiterer Beweiserhebung bedarf, war der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 ZPO). Die

Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz war dem Berufungsgericht vorzubehalten, weil der endgültige Erfolg oder Mißerfolg des Rechtsmittels von dem Ausgang der anderweiten Verhandlung und Beweiserhebung abhängt.

Braxmaier

Dr. Skibbe

Dr. Brunotte

Dr. Zülch

Dr. Paulusch