

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2219 059

ZPO §§ 161, 286 B, 355, 549

- a) Hat das Berufungsgericht im Verfahren über die Berufung gegen ein T e i l urteil Beweis erhoben, so darf es das Ergebnis dieser Beweisaufnahme im Verfahren über die Berufung gegen das S c h l u ß urteil nicht ohne Zustimmung der Parteien verwerten, weil es sich um zwei verschiedene Berufungsverfahren handelt (§ 355 ZPO).
- b) Hat das Berufungsgericht im ersten Berufungsverfahren von einer Protokollierung der Zeugenaussagen gemäß § 161 ZPO abgesehen und sie nur im Tatbestand seines ersten Urteils niedergelegt, so darf es im zweiten Berufungsverfahren, wenn ein Richterwechsel eingetreten ist, die Wiedergabe der Aussagen im früheren Urteil nur dann urkundlich verwerten, wenn die Parteien einverstanden sind.

Bei einem Verstoß hiergegen braucht das Urteil dann nicht aufgehoben zu werden, wenn es auf diesem Verstoß nicht beruhen kann.

BGH, Urt.v. 21. November 1960 - VII ZR 235/59 - OLG Hamm/Westf.
LG Arnsberg

VII ZR 235/59

Verkündet
am 21. November 1960
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Ferdinand Sch[REDACTED] in N[REDACTED]-Hü[REDACTED],
M[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin, Anschlußberufungs-
beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Friedrich H[REDACTED] in G[REDACTED] (Ho[REDACTED]),
B[REDACTED] Nr. [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten, Anschlußberufungs-
kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 21. November 1960 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel,
Dr. Heilmann-Trosien, Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesge-
richts in Hamm/Westf. vom 27. April 1959 auf-
gehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision
an den 2. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger war seit April 1954 für die Beklagte, eine Lampenfabrik, als Handelsvertreter in den Niederlanden tätig. Er führte die Erzeugnisse der Beklagten auf dem niederländischen Markt ein und schuf ihr dort einen Kundenstamm.

Mit Schreiben vom 10. Januar und 20. Februar 1957 kündigte die Beklagte den Vertrag fristlos.

Der Kläger hält die Kündigung als fristlose für unwirksam und meint, sie habe den Vertrag erst zum 31. März 1957 beendet. Er hat mit der Klage unter anderem einen Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB geltend gemacht. Dieser allein ist noch Gegenstand des Rechtsstreits.

Unstreitig betrug die Jahresprovision des Klägers im Durchschnitt 12.483,90 DM brutto. Diesen Betrag nebst Zinsen hat der Kläger zuletzt als Ausgleich verlangt.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat vorgetragen: Das Vertragsverhältnis unterliege nicht deutschem, sondern niederländischem Recht; diesem sei ein Ausgleichsanspruch fremd. Sie habe wegen schuldhafter Vertragsverstöße des Klägers einen wichtigen Grund zur Kündigung gehabt. Es entspreche auch nach dem sonstigen Verhalten des Klägers nicht der Billigkeit, ihm einen Ausgleich zu gewähren, mindestens nicht in dem vom Kläger geforderten gesetzlichen Höchstmaß.

Das Landgericht hat zunächst über einen anderen Klageanspruch am 27. September 1957 ein Teilurteil erlassen. In der Schlußverhandlung über die hiergegen eingelegte Berufung hat das Oberlandesgericht den Kaufmann Schr. und den

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87 a ff. UrhG geschützt



Angestellten Br [REDACTED] der Beklagten als Zeugen vernommen, deren Aussagen aber gemäß § 161 ZPO nicht protokolliert, sondern nur im Tatbestand seines damaligen (inzwischen rechtskräftigen) Urteils vom 12. Februar 1958 wiedergegeben.

Im Schlußurteil vom 21. November 1958 hat das Landgericht dem Ausgleichsanspruch in Höhe von 8.000 DM stattgegeben. Auf Berufung der Beklagten und Anschlußberufung des Klägers hiergegen ist die Sache an denselben Senat des Oberlandesgerichts gelangt, der über die Berufung gegen das Teilurteil entschieden hatte. Der Senat war jedoch jetzt überwiegend anders besetzt als bei seiner ersten Entscheidung. Das Oberlandesgericht hat durch Urteil vom 27. April 1959 den Ausgleichsanspruch in voller Höhe zuerkannt.

Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten mit dem Ziele vollständiger Abweisung des Ausgleichsanspruchs. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat auf die Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien deutsches Recht angewandt. Es hat den Vertretervertrag dahin ausgelegt, daß die Parteien die Anwendung deutschen Rechts stillschweigend vereinbart haben. Es hat in diesem Zusammenhang u.a. darauf hingewiesen, daß die Beklagte eine deutsche Firma mit Sitz in Deutschland ist, daß auch der Kläger Deutscher ist und sich häufig in Deutschland aufhält, sowie daß der Vertrag in Deutschland geschlossen worden ist. Daraus hat es gefolgert, daß beide Parteien bei Vertragsschluß die Anwendung deutschen Rechts

gewollt haben und durch den Gesamtinhalt ihrer Erklärungen das auch für den anderen Teil genügend erkennbar zum Ausdruck gebracht haben.

Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte niederländisches Recht anwenden müssen.

Die Rüge ist nicht begründet.

1) Die Auslegung des Vertretervertrages, eines Individualabkommens, durch das Berufungsgericht ist möglich und hält sich in den Grenzen des tatrichterlichen Ermessens. Sie ist daher für das Revisionsgericht bindend.

Das Berufungsgericht hätte in diesem Zusammenhang noch darauf hinweisen können, daß beide Parteien, wie ihre Schriftsätze zeigen, im vorliegenden Rechtsstreit bis zum Erlaß des ersten Berufungsurteils übereinstimmend von der Anwendbarkeit deutschen Rechts ausgegangen sind. Die Beklagte hat erstmalig in ihrem Schriftsatz vom 8. Oktober 1958 (im Schlußverfahren vor dem Landgericht) die Auffassung vertreten, es sei niederländisches Recht anzuwenden.

Diese übereinstimmende Auffassung der Parteien über die Anwendbarkeit deutschen Rechts noch während eines großen Teils des gegenwärtigen Prozesses bildet ein starkes Be-
weisanzeichen dafür, daß sie auch ihre wechselseitigen Erklärungen bei Vertragsschluß übereinstimmend im Sinne einer stillschweigenden Vereinbarung der Geltung deutschen Rechts aufgefaßt haben (BGH LM Nr. 1 zu Art. 7 ff EG BGB "Deutsches internat. Privatrecht"; BGH VII ZR 39/56 v. 6. Dezember 1956; vgl. auch RGZ 152, 213, 215).

2) Da das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei eine stillschweigende (konkludente) Vereinbarung über die Anwendung deutschen Rechts angenommen hat, brauchte es auf den sogenannten "hypothetischen Parteiwillen" (BGHZ 17, 89, 92; 19, 110, 112 mit weiteren Nachweisen) als den bei verständiger Interessenabwägung nächstliegenden objektiven Anknüpfungspunkt, der erst beim Fehlen einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Parteivereinbarung in Betracht kommt, nicht zurückzugreifen. Seine Ausführungen hierzu sind nur Hilferwägungen, wie es selbst hervorhebt. Auf die Angriffe der Revision gegen sie braucht daher nicht eingegangen zu werden.

II.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte habe im Zeitpunkt der Kündigung keinen wichtigen Grund zu einer fristlosen Entlassung des Klägers wegen schuldhaften Verhaltens gehabt. Es sieht in der Tätigkeit des Klägers für Konkurrenzfirmen der Beklagten keinen wichtigen Grund, weil der Beklagten diese Tätigkeit schon längere Zeit vor ihrer Kündigung bekannt gewesen sei.

1) Die Beklagte hatte demgegenüber vorgebracht, das wirkliche Ausmaß der Werbetätigkeit des Klägers für Konkurrenzfirmen sei ihr damals nicht bekannt gewesen, sie habe vielmehr angenommen, der Kläger vertreibe für die Konkurrenzfirmen nur solche Lampentypen, welche sie (Beklagte) selbst nicht herstellte. Zum Beweise hierfür hatte sie sich auf das Zeugnis von Br [REDACTED] und auf weitere Zeugen berufen (vgl. Schriftsatz vom 4. Februar 1959 S. 9 und Schriftsatz vom 13. März 1959 S. 2).

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe dieses Vorbringen der Beklagten und diese Beweisantritte nicht übergehen dürfen.

Die Rüge ist unbegründet.

Es kommt entscheidend darauf an, ob der Beklagten schon längere Zeit vor der Kündigung die Tätigkeit des Klägers für Konkurrenzfirmen in ihrem wirklichen Ausmaß bekannt war.

Rechnete sie, wie sie behauptet, zunächst nur mit einer nicht erheblichen, sie wettbewerblich nicht beeinträchtigenden Tätigkeit des Klägers und war diese für sie in Wirklichkeit von viel einschneidenderer Bedeutung, als sie damals annahm, so würde ihre unvollständige Kenntnis ihr noch nicht das Recht genommen haben, den Vertrag fristlos zu kündigen. Damit aber würde ein Ausgleichsanspruch des Klägers entfallen.

Das Berufungsgericht stellt, wie sich aus seiner Bezugnahme auf sein erstes Urteil ergibt, in diesem Zusammenhang darauf ab, daß der Kläger sich nicht verpflichtet gehabt habe, seine Konkurrenztätigkeit auf das von der Beklagten angeblich angenommene Ausmaß zu beschränken. Darauf kommt es jedoch nicht an.

a) Das Berufungsgericht durfte von einer Vernehmung des Zeugen Br. [REDACTED] nicht deswegen absehen, weil er bereits früher vernommen war.

Die im Tatbestand des ersten Berufungsurteils wiedergegebene Aussage des Zeugen Br. [REDACTED] besagt über die Werbung des Klägers für die Firma E. [REDACTED], eine Konkurrenzfirma der

Beklagten, nur, daß auch sie zwischen den Parteien zur Sprache gekommen sei und der Kläger die Bedenken der Beklagten mit den Worten beschwichtigt habe: "Ach das ist ja ganz etwas anderes." Die Aussage ergibt aber nicht, in welchem Umfang der Beklagten eine Tätigkeit des Klägers für Konkurrenzfirmen, insbesondere für die Firma E■■■■, damals bekannt war. Die vom Zeugen wiedergegebene vorstehend genannte Äußerung des Klägers und die Bekundung des Zeugen, der Kläger habe die Bedenken der Beklagten gegen seine Werbung für die Erzeugnisse anderer Firmen zerstreut, läßt darauf schließen, daß der Kläger diese seine Tätigkeit der Beklagten gegenüber näher erläutert und als nicht erheblich hingestellt hat. Ob und wie das aber im einzelnen geschehen ist, läßt sich der Aussage Br■■■■ nicht entnehmen.

Unter diesen Umständen verstößt es gegen § 286 ZPO, wenn das Berufungsgericht eine erneute Vernehmung des Zeugen Br■■■■ nicht vorgenommen hat, weil der Beklagten, u.a. aus dem Schriftwechsel der Parteien, lange vor der Kündigung bekannt gewesen sei, daß der Kläger auch für die Konkurrenz der Beklagten tätig und nicht bereit war, diese seine Tätigkeit aufzugeben.

Das Berufungsgericht hätte vielmehr durch nochmalige Vernehmung Br■■■■ aufklären müssen, ob der Beklagten die Konkurrenzfähigkeit des Klägers damals in ihrem vollen Umfange oder wenigstens in ihrem wesentlichen Ausmaß bekannt war oder nicht. Da der Zeuge Br■■■■ darüber bisher nicht erschöpfend ausgesagt hatte, war die von der Beklagten beantragte Vernehmung dieses Zeugen keine "erneute" Vernehmung im Sinne des § 398 ZPO, deren Ablehnung im Ermessen des Berufungsgerichts gestanden hätte.

b) Aus denselben Gründen durfte das Berufungsgericht auch die Beweisantritte der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 13. März 1959, Seite 2, nicht übergehen.

Das Berufungsgericht hat diese Beweiserhebung nicht für erforderlich gehalten, weil die Beklagte auch dann kein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde gehabt habe, wenn der Kläger für die Firma L. [REDACTED] und für andere Firmen echte Konkurrenzartikel verkauft habe.

Wie bereits ausgeführt, würde das aber nur dann zutreffen, wenn die Beklagte das wirkliche Ausmaß der Konkurrenzfähigkeit des Klägers gekannt hätte. Das ist bisher nicht geklärt, so daß für die Revisionsinstanz das Gegenteil als möglich zu unterstellen ist.

Dann aber kommt es entscheidend darauf an, welchen Umfang die Konkurrenzfähigkeit des Klägers für andere Firmen objektiv hatte, ob sie die Interessen der Beklagten nicht nennenswert oder ob sie sie wesentlich beeinträchtigte.

Schon auf Grund dieser Rüge der Beklagten muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden.

2) Nicht begründet ist dagegen die Rüge der Revision, die sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts richtet, der Begriff des "wichtigen Grundes" könne im Rahmen des § 89 b Abs. 3 Satz 2 HGB nicht anders aufgefaßt werden als bei § 89 a Abs. 1 HGB. Es kann der Auffassung der Revision nicht beigetreten werden, ein "wichtiger Grund" im Sinne des § 89 b HGB mit der Folge eines Wegfalls des Ausgleichsanspruchs könne auch in Fällen gegeben sein, in denen ein

"wichtiger Grund" im Sinne des § 89 a HGB nicht vorliege, weil eine baldige fristgerechte Vertragslösung möglich und dem Geschäftsherrn die Fortsetzung des Vertrages bis zu diesem Zeitpunkt zuzumuten sei.

Es ist nichts dafür ersichtlich, daß der Begriff des "wichtigen Grundes" in § 89 b HGB anders aufzufassen sei als in § 89 a HGB.

a) Dagegen spricht schon der enge räumliche und sachliche Zusammenhang der beiden Gesetzesvorschriften.

b) Für eine unterschiedliche Auslegung desselben Begriffs in beiden Vorschriften besteht auch kein Bedürfnis. Schuldhaftes Handeln des Vertreters, das für eine fristlose Kündigung nicht ausreicht, ist gegebenenfalls im Rahmen des § 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB anspruchsmindernd zu berücksichtigen (BGHZ 29, 275, 277; BGH LM Nr. 5 zu § 89 b HGB). Das genügt, um die berechtigten Interessen des Geschäftsherrn zu wahren.

c) Der Begriff des "wichtigen Grundes" kann in § 89 b HGB auch deswegen nicht zu Ungunsten des Vertreters anders (weiter) aufgefaßt werden als in § 89 a HGB, weil das Gesetz umgekehrt ausdrücklich bestimmt, daß nicht einmal jeder wichtige Grund, der zur fristlosen Kündigung berechtigt, den Vertreter auch seines Ausgleichsanspruchs beraubt; eine solche Wirkung haben vielmehr nur die vom Vertreter selbst verschuldeten Gründe (BGHZ 29, 277). Das Gesetz hat also die Rechtsfolgen eines "wichtigen Grundes" in § 89 b HGB gegenüber der in § 89 a HGB getroffenen Regelung noch eingeschränkt. Es geht daher nicht an, umgekehrt durch verschiedene Auslegung desselben Begriffs in beiden Vorschriften

diesem in § 89 b HGB zum Nachteil des Vertreters eine weitertragende Bedeutung zu geben als in § 89 a HGB.

3) Die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht die nach dem Tatbestand des ersten Berufungsurteils vom Zeugen Schr. [REDACTED] bekundeten Vorfälle nicht als ausreichend angesehen hat, um einen wichtigen Grund zur Kündigung zu bejahen.

Die Rüge ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht hat sich insoweit in seinem angefochtenen zweiten Urteil auf seine Ausführungen im ersten Urteil bezogen, mit denen es die von Schr. [REDACTED] bekundeten Vorfälle ausführlich erörtert und gewürdigt hat. Diese Darlegungen lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Sie sind daher für das Revisionsgericht bindend.

Dieses kann nur nachprüfen, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes richtig erkannt hat und ob der Sachverhalt unabhängig von den Umständen des Einzelfalles an sich geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben (BGH WM 1960, 430, 431). Es kann aber nicht unbeschränkt prüfen, ob bestimmte Umstände im Einzelfall ausreichen, um eine fristlose Kündigung zu begründen, solange sich das Berufungsgericht bei seiner Würdigung im Rahmen seines pflichtmäßigen tatrichterlichen Ermessens gehalten hat, wie das hier der Fall ist.

III.

Das Berufungsgericht hat dem Kläger das gesetzliche Höchstmaß des Ausgleichsanspruchs zugesprochen.

Hiergegen wendet sich die Revision mit einer Reihe von Rügen. Sie sind teilweise begründet.

Das Berufungsgericht hat das gesetzliche Höchstmaß vor allem deswegen zuerkannt, weil die Beklagte dem Kläger durch ihre Kündigung nach der verhältnismäßig kurzen Vertragsdauer von nicht ganz drei Jahren die Möglichkeit genommen habe, den zunächst durch die geringen Provisionen der Anfangszeit gedrückten Jahresdurchschnitt in der Folgezeit zu verbessern.

Diese Erwägung ist an sich nicht rechtsfehlerhaft. Wenn mehrere Umstände gegeneinander abzuwägen sind, wie dies nach § 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB zu geschehen hat, so können auch die Gesichtspunkte, die für einen möglichst hohen Ausgleich sprechen, im Einzelfall die anderen für einen weniger hohen Anspruch sprechenden Umstände ausnahmsweise so sehr überwiegen, daß es gerechtfertigt sein kann, trotz der den Anspruch mindernden Umstände auf das höchst zulässige Maß zu erkennen.

In derartigen Fällen wird allerdings der Tatrichter seine Entscheidung besonders sorgfältig begründen und klarstellen müssen, daß er die anspruchsmindernden Umstände nicht etwa rechtsirrig bei seiner Billigkeitsabwägung von vornherein außer Betracht gelassen hat.

Im vorliegenden Fall ist nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht rechtsirrig so verfahren ist. Auch deswegen kann seine Entscheidung keinen Bestand haben.

1) Schuldhafte Vertragsverstöße des Handelsvertreters, auch wenn sie nicht ausreichen, um einen wichtigen Grund zu fristloser Kündigung abzugeben, sind doch im Rahmen der Billigkeitsabwägung nach § 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB zu berücksichtigen (BGHZ 29, 275, 277; BGH LM Nr. 5 zu § 89 b HGB).

Das angefochtene Urteil läßt nicht erkennen, daß das Berufungsgericht diesen Gesichtspunkt bei der Abwägung der verschiedenen Umstände berücksichtigt hätte.

2) Das Berufungsgericht führt aus, es sei nicht ersichtlich, warum der Umstand, daß der Kläger sogenannter "Mehrfirmenvertreter" war, der Gewährung des höchstzulässigen Ausgleichsbetrages entgegenstehen sollte. Die Beklagte habe aus eigennützigen geschäftlichen Beweggründen bewußt davon abgesehen, wegen der etwaigen schuldhaften Vertragsverstöße des Klägers ihren Vertrag mit ihm alsbald zu lösen. Unter diesen Umständen könne sie sich nicht darauf berufen, daß es mit Rücksicht auf Vertragsverstöße des Klägers unbillig sei, den Ausgleichsanspruch im gesetzlichen Höchstmaß zu gewähren.

Das Berufungsgericht meint damit anscheinend, der Umstand, daß der Kläger neben seiner Tätigkeit für die Beklagte noch für andere Konkurrenzfirmen der Beklagten tätig gewesen ist, müsse bei der Bemessung des Ausgleichsanspruchs aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen von vornherein außer Betracht bleiben.

Diese Ansicht ist nicht frei von Rechtsirrtum.

In seiner zur Veröffentlichung bestimmten Entscheidung vom 22. September 1960 - VII ZR 245/59 - hat der erkennende Senat die Frage behandelt, wie sich eine (in jenem Falle von beiden Geschäftsherren erlaubte) Doppelvertretung für zwei brancheähnliche Firmen auf den Ausgleichsanspruch auswirkt. Der Senat hat zu dieser Frage folgende Grundsätze aufgestellt:

Bei einer Doppelvertretung kommt als Abnehmer der Erzeugnisse der vertretenen Firmen im wesentlichen derselbe Kundenkreis in Betracht; die Erzeugnisse sind teilweise gegeneinander austauschbar. Deshalb verliert der Doppelvertreter durch sein Ausscheiden bei einer Firma nicht in vollem Umfange die Möglichkeit, sich den Kundenkreis, den er für diese Firma geschaffen hat, weiter nutzbar zu machen. Er muß seinen Kundenstamm nicht von Grund auf neu aufbauen. Es ist damit zu rechnen, daß er in gewissem Umfang einen Teil der bisherigen Kunden der Firma, für die er nicht mehr tätig ist, statt mit deren Erzeugnissen mit solchen eines Konkurrenzunternehmens beliefern kann. Der Vertreter hat also durch den Verlust einer von mehreren branchegleichen Vertretungen nicht alle von ihm geworbenen Kunden verloren, der Unternehmer sie nicht sämtlich behalten. Das aber rechtfertigt es, den Ausgleichsanspruch bei einem Doppelvertreter branchegleicher Firmen niedriger zu bemessen, als das anderenfalls zu geschehen hätte. Denn das Wesen des Ausgleichsanspruchs besteht gerade darin, daß der Vertreter für den von ihm geschaffenen Kundenstamm, soweit er ihm bei seinem Ausscheiden verloren geht, dem Unternehmer aber erhalten bleibt, einen angemessenen Ausgleich erhalten soll (ähnlich BGHZ 24, 214, 222; BGHZ 30, 98; BGH NJW 1960, 1292).

An diesen Grundsätzen ist festzuhalten. Da das Berufungsgericht sie verkannt hat, muß sein Urteil auch deswegen aufgehoben werden.

3) Nicht begründet ist die Rüge der Revision, die sich dagegen richtet, daß das Berufungsgericht seiner Berechnung die vom Kläger verdiente Bruttoprovision, ohne Abzug seiner Geschäftskosten, zugrunde gelegt hat. Das entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 29, 83, 92 - 94).

In der genannten Entscheidung ist allerdings weiter ausgesprochen, die Tatsache, daß der Vertreter Aufwendungen erspart habe, sei im Rahmen der Billigkeitsabwägung nach § 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB zu berücksichtigen.

Das Berufungsgericht hat das nicht verkannt, hat aber im vorliegenden Fall eine Ermäßigung des Ausgleichsanspruchs mit Rücksicht auf eine Unkostensparnis des Klägers deswegen abgelehnt, weil durch den Verlust der Vertretung der Beklagten für den Kläger nur eine geringfügige Unkostensparnis eingetreten sei.

Diese Erwägungen liegen auf tatsächlichem Gebiet. Ob sie hinreichend begründet sind, kann die Beklagte gegebenenfalls in dem neuen Verfahren vor dem Berufungsgericht zur Nachprüfung stellen. Im übrigen lassen sie keinen Rechtsfehler erkennen.

IV.

Das angefochtene Urteil verweist in seinem Tatbestand auf die Wiedergabe der Zeugenaussagen Br [REDACTED] und Schr [REDACTED] im ersten Berufungsurteil und bezieht sich in seinen Gründen auf Ausführungen in diesem Urteil, welche die Aussagen würdigen.

Die Revision hält dieses Verfahren für prozeßordnungswidrig. Sie meint, das Berufungsgericht hätte die Zeugen neu vernehmen müssen.

Die Rüge ist unbegründet.

1) Selbst wenn die Aussagen in einem Protokoll niedergelegt gewesen wären, hätte das Berufungsgericht sie hier

schon deswegen in seinem zweiten Urteil nicht ohne weiteres verwerten dürfen, weil die Zeugen in einem anderen Berufungsverfahren vernommen worden waren, also nicht vor dem "Prozeßgericht" des jetzigen Berufungsverfahrens (§§ 355, 375 ZPO).

Beide Berufungsverfahren gehen zwar auf einen einheitlichen Rechtsstreit zurück. Trotzdem sind sie voneinander unabhängig; denn das erste baut auf dem landgerichtlichen Teilurteil, das zweite auf dem landgerichtlichen Schlußurteil auf.

Die Prozeßlage ist hier anders als bei einem zweiten Berufungsverfahren, das infolge Aufhebung des ersten Berufungsurteils durch das Revisionsgericht und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zustande kommt. In solchem Falle bildet das zweite Verfahren die Fortsetzung des ersten, so daß eine wiederholte Vernehmung der im ersten Berufungsverfahren vernommenen Zeugen nicht erforderlich ist (§ 398 ZPO), wenn die Zeugenaussagen protokolliert worden sind oder ein Richterwechsel nicht eingetreten ist, worauf unten noch einzugehen ist (BGH I ZR 61/51 vom 6. November 1951, in BGHZ 3, 321 insoweit nicht abgedruckt).

Um einen derartigen Fall handelt es sich hier nicht.

b) Das Protokoll über die mündliche Verhandlung im zweiten Berufungsverfahren und der Tatbestand des zweiten Berufungsurteils enthalten keinen Hinweis dahin, daß das Berufungsgericht die Wiedergabe der Zeugenaussagen im Tatbestand seines ersten Urteils etwa zum Gegenstand der Verhandlung im zweiten Berufungsverfahren gemacht oder daß es die Parteien sonst auf seine Absicht hingewiesen hätte, das erste Berufungsurteil als Beweisurkunde für den Inhalt der Zeugenaussagen zu verwerten. Es konnte daher auch nicht an-

nehmen, daß die Parteien mit einem solchen Verfahren einverstanden seien. Im Gegenteil, der Antrag der Beklagten, den Zeugen Br. erneut zu vernehmen, zeigte, daß die Beklagte mit einer urkundlichen Verwertung des ersten Urteils jedenfalls bezüglich dieses Zeugen nicht einverstanden war (BGHZ 7, 116, 121, 122).

2) Unabhängig von dem zu 1) Ausgeführten hat das Berufungsgericht hier § 161 ZPO verletzt, wie die Revision mit Recht rügt.

Es ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs anerkannt, daß ein Gericht eine Zeugenaussage, auch wenn es sie selbst als Prozeßgericht eingeholt hat, nach Eintritt eines Richterwechsels keinesfalls als Zeugenbeweis und ohne Einverständnis der Parteien auch nicht urkundenbeweislich verwerten darf, wenn es diese Zeugenaussage nicht in einem Protokoll nach § 160 ZPO festgestellt, sondern nur im Urteil - oder in einem im Urteil in Bezug genommenen Vermerk - niedergelegt hat (RG JW 1939, 434 Nr. 38; RG Warn 1939, 21; RG HRR 1940, 1258; RG DR 1941, 1739 Nr. 19; BGH LM Nr. 1 zu § 1421 BGB; weitere Nachweisungen zur reichsgerichtlichen Rechtsprechung bei Wieczorek ZPO § 161, A).

Daran ist festzuhalten.

a) Die Wiedergabe einer Zeugenaussage im Urteilstatbestand, welche in der Regel auf Notizen des Berichterstatters in der mündlichen Verhandlung zurückgeht, ist, weil sie dem Zeugen nicht vorgelesen und von ihm nicht genehmigt worden ist, in Bezug auf ihre inhaltliche Richtigkeit und Vollständigkeit weniger zuverlässig als ein dem Zeugen vorgelesenes und von ihm genehmigtes Protokoll über

seine Aussage.

Trotzdem läßt § 161 ZPO im Interesse einer schnellen mündlichen Verhandlung die Verwertung nicht protokollierter Zeugenaussagen zu, wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht selbst erfolgt und das Urteil der Berufung nicht unterliegt. Daraus ergibt sich, daß § 161 ZPO eine Ausnahme von der Protokollierungspflicht nicht für solche Fälle anordnet, in denen andere Richter als die, welche den unmittelbaren Eindruck der mündlichen Aussage des Zeugen empfangen haben, die Aussage würdigen müssen. § 161 ZPO schließt ausdrücklich allerdings nur die Fälle aus, in denen das Prozeßgericht eine Beweisaufnahme des Einzelrichters, des ersuchten Richters oder des beauftragten Richters oder in denen das Berufungsgericht eine Beweisaufnahme des erstinstanzlichen Gerichts zu würdigen hat.

Dieselben Bedenken gegen die Verwertung einer nicht-protokollierten Zeugenaussage bestehen aber auch dann, wenn nach der Beweisaufnahme ein Richterwechsel beim Prozeßgericht eintritt, wie das hier der Fall ist. Auch dann hat mindestens ein Teil der Richter, die als Kollegium die Zeugenaussage im Urteil zu würdigen haben, die mündliche Aussage des Zeugen nicht gehört. Auch in solchen Fällen ist daher § 161 ZPO bei verständiger und sinngemäßer Auslegung dieser Vorschrift nicht anwendbar, weil die Richter, welche die Zeugenvernehmung selbst nicht miterlebt haben, für ihre Würdigung wenigstens die zuverlässige Grundlage eines dem Zeugen vorgelesenen und von ihm genehmigten Protokolls zur Verfügung haben sollen.

b) Trotz des vorgenannten Prozeßverstoßes brauchte das Urteil dann nicht aufgehoben zu werden, wenn es auf diesem Verstoß nicht beruhen könnte (§ 549 ZPO).

Das hat der Bundesgerichtshof dann angenommen, wenn den Parteien die (außerhalb des Protokolls erfolgte) Wiedergabe der Zeugenaussagen bekannt gegeben worden war, wenn sie wußten, daß das Gericht diese Wiedergabe seiner Entscheidung zugrunde zu legen beabsichtigte, und wenn sie weder in der Tatsacheninstanz dagegen Einwendungen erhoben noch mit der Revision gerügt hatten, die Aussagen der Zeugen seien falsch oder unvollständig wiedergegeben (BGH LM Nr. 1 zu § 1421 BGB; BGHZ 32, 233, 235).

So liegt der Fall hier jedoch nicht, wie bereits oben zu IV 1 b ausgeführt ist.

Der Revisionsbegründung läßt sich auch noch genügend deutlich die Behauptung der Beklagten entnehmen, daß bei ordnungsmäßiger Neuvernehmung die Zeugen Schr. und Br., abweichend von ihren früheren Bekundungen, Aussagen gemacht haben würden, welche das Berufungsgericht zu einer abweichenden Entscheidung veranlaßt hätten. Damit hat die Revision hinreichend dargelegt, daß das angefochtene Urteil auf dem genannten Verfahrensverstoß beruhen kann.

V.

Wegen der mehreren oben erörterten Rechts- und Verfahrensfehler muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Der Senat hat dabei von der Befugnis des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Dr. Winkelmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Erbel

Dr. Vogt

Feststellung.

In dem Rechtsstreit

der Firma Ferdinand Sch[REDACTED] in N[REDACTED]-Hü[REDACTED],
M[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin, Anschlußberufungs-
beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Friedrich H[REDACTED] in G[REDACTED] (Ho[REDACTED]),
B[REDACTED] Nr. [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten, Anschlußberufungs-
kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

befindet sich auf Seite 6 der Ausfertigungen bzw. Abschriften
des Urteils des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom
21. November 1960 in der 4. Zeile von oben ein Schreibfehler.
Dort muß es - wie in der Urschrift - richtig heißen:

"Die Rüge ist begründet."

Karlsruhe, den 9. Januar 1961

Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle
des VII. Zivilsenats
des Bundesgerichtshofs

gez. S[REDACTED]

Justizoberinspektor

Nachgesandt mit der
Bitte um Beinahme zu
dem bereits übersandten
Urteilsabdruck.