

88

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO § 398

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen das Berufungsgericht von der erneuten Vernehmung eines Zeugen absehen darf, wenn es die Aussage anders als das erstinstanzliche Gericht deuten will.

BGH, Urt. v. 20. Dezember 1978 - V ZR 199/77 - OLG Köln
LG Bonn

210

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 199/77

URTEIL

Verkündet am
20. Dezember 1978
F r i e d e r i c h ,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma B. u. F. M. [REDACTED] Bauunternehmung,
F. [REDACTED] Straße [REDACTED], B. [REDACTED],
vertreten durch den allein vertretungsberechtigten und
persönlich haftenden Gesellschafter Bruno M. [REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

1. den Arzt Dr. Wigbert W. [REDACTED], D. [REDACTED] H. [REDACTED]straße [REDACTED],
K. [REDACTED],
2. die Studentin Monika S. [REDACTED], D. [REDACTED] H. [REDACTED]straße [REDACTED],
K. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Dezember 1978 durch den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter Dr. Eckstein, Prof. Dr. Hagen, Linden und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 13. Oktober 1977 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin hat durch notariellen Vertrag vom 20. Dezember 1974 (Urkundenrolle Nr. 93/74 des Notars S in S) von dem Beklagten zu 1 und dem Ingenieur K, die seinerzeit eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bildeten, für 784 000 DM die 2 168 qm große Teilfläche eines insgesamt 5 015 qm großen, zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstücks gekauft, das im Grundbuch von M Blatt, Flur 8, Nr. 232 verzeichnet und mit einer Fremdgrundschuld in Höhe von



1,38 Mio. DM belastet war. Die verkaufte Teilfläche sollte frei von dieser Belastung übertragen werden, und der Notar wurde angewiesen, die Freigabeerklärung mit der Maßgabe anzufordern, daß er darüber Zug um Zug gegen Zahlung des von der Gläubigerin aufzugebenden Ablösungsbetrages verfügen könne. Beim Vertragsschluß wurde K[REDACTED] durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht vertreten; K[REDACTED] hat dessen Erklärungen am 23. Juni 1975 zu notariellem Protokoll genehmigt.

Außerdem beurkundete der Notar zwei Abänderungsverträge, durch die sich der Beklagte zu 1 bzw. K[REDACTED] jeweils Sondervorteile einräumen ließen. In einem Vertrag vom 25. April 1975 (Urkundenrolle Nr. 09/75 des Notars S[REDACTED]), bei dessen Abschluß für den Beklagten zu 1 ein vollmachtloser Vertreter auftrat, vereinbarte K[REDACTED] mit der Klägerin, daß der Kaufpreis auf 845 520 DM erhöht werden und die Klägerin an K[REDACTED] persönlich einen zusätzlichen Betrag von 35 000 DM zahlen sollte. In einem Vertrag vom 24. Juni 1975 (Urkundenrolle Nr. 18/75 des Notars S[REDACTED]), bei dem K[REDACTED] durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht vertreten wurde, genehmigte der Beklagte zu 1 die für ihn im Abänderungsvertrag vom 25. April 1975 abgegebenen Erklärungen "im Hinblick auf die nachstehend ... erfolgte Änderung der vertraglichen Vereinbarung" und ließ sich zugleich "als weitere Gegenleistung" nach seiner Wahl entweder eine weitere Zahlung von 325 000 DM oder - gegen Hinzuzahlung von 400 000 DM - eine Penthouse-Wohnung versprechen, welche die Klägerin auf dem verkauften Grundstück innerhalb eines zu errichtenden Gebäudekomplexes

erstellen sollte. Wegen sämtlicher in den notariellen Urkunden vorgesehener Verpflichtungen unterwarf sich die Klägerin der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen.

Am 25. Juni 1975 kam es zwischen den Beteiligten zu Besprechungen über die Frage der Genehmigung der abgegebenen Erklärungen. Der Inhalt jener Verhandlungen ist zwischen den Parteien streitig.

Im Juni 1976 übernahm die Beklagte zu 2 den Gesellschaftsanteil K[REDACTED] und trat an dessen Stelle in die Gesellschaft ein. Danach genehmigte sie am 14. Juni 1976 durch notariell beglaubigte Erklärung den Änderungsvertrag vom 24. Juni 1975.

In einem nachfolgenden Schriftwechsel machte die Klägerin geltend, der Beklagte zu 1 habe sein Wahlrecht aus dem Abänderungsvertrag vom 24. Juni 1975 nicht rechtzeitig ausgeübt, entschied sich ihrerseits für die Penthouse-Alternative und rechnete mit dem damit verbundenen Zahlungsanspruch in Höhe von 400 000 DM gegen die Kaufpreisforderung auf. Der Beklagte zu 1 widersprach und erklärte, daß er die erste Alternative (Zahlung von 325 000 DM) wähle.

Eine Pfandfreigabeerklärung, welche die Grundschuldgläubigerin von der - auflagenfreien - Zahlung von 1 205 520 DM abhängig gemacht hatte, bemängelte die Klägerin durch Schreiben vom 14. Juli 1976 mit dem Hinweis, daß aufgrund der Aufrechnung keine Kaufpreisforderung in Höhe von 1 205 520 DM mehr bestehe. Unter demselben

Datum berief sie sich erstmals schriftlich darauf, daß K[REDACTED] am 25. Juni 1975 die Genehmigung verweigert habe und der Abänderungsvertrag vom 24. Juni 1975 hierdurch endgültig unwirksam geworden sei.

Ebenfalls am 14. Juli 1976 erteilte der beurkundende Notar dem Beklagten zu 1 vollstreckbare Ausfertigungen der erwähnten notariellen Urkunden. Die Urkunden wurden der Klägerin am 15. Juli 1976 zugestellt.

Am 21. Juli 1976 erhob die Klägerin - zunächst nur gegen den Beklagten zu 1 - Vollstreckungsabwehrklage. Nachdem der Notar die Vollstreckungsklausel in Höhe von 845 520 DM auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus beiden Beklagten, erweitert hatte, bezog die Klägerin die Beklagte zu 2 insoweit in den Rechtsstreit ein. Wegen des weiteren Betrages von 325 000 DM (Sondervorteile aus dem Abänderungsvertrag vom 24. Juni 1976) richtete sie die Vollstreckungsabwehrklage weiterhin nur gegen den Beklagten zu 1.

Mit Schreiben vom 28. Juli 1976 forderte die Klägerin beide Beklagten auf, ihre Verpflichtungen aus dem (ersten) notariellen Vertrag vom 20. Dezember 1974 zu erfüllen, setzte ihnen eine Frist bis zum 18. August 1976 und erklärte, nach Fristablauf werde sie die Annahme der Leistung ablehnen und ihre Rechte aus § 326 BGB geltend machen. Mit Schreiben vom 23. August 1976 erklärte die Klägerin gegenüber beiden Beklagten, sie lehne die Erfüllung des Vertrages vom 20. Dezember 1974 ab und verlange Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme über die verschiedenen Besprechungen und Verhandlungen der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter. Die Beklagten beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

1. Mit Erfolg bekämpft die Revision den Standpunkt des Berufungsgerichts, der Vertrag vom 24. Juni 1975 sei dadurch wirksam geworden, daß die Beklagte zu 2 ihn als Rechtsnachfolgerin des Gesellschafters K. am 14. Juni 1976 genehmigt habe. Das Berufungsgericht gründet seine Ansicht, zu diesem Zeitpunkt sei der Vertrag noch genehmigungsfähig gewesen, auf die Feststellung, K. habe nicht zuvor - insbesondere auch nicht am 25. Juni 1975 - seine Genehmigung endgültig verweigert. Die hiergegen gerichteten Verfahrensrügen der Revision sind begründet.

Das Berufungsgericht hat aus der Beweisaufnahme des Landgerichts andere rechtliche Folgerungen als der Erstrichter gezogen. In Übereinstimmung mit dem Landgericht geht es davon aus, daß bei der Besprechung am Abend des 25. Juni 1975 K. oder für ihn Rechtsanwalt Dr. R. gegenüber dem Gesellschafter der Klägerin M. erklärt habe, der Vertrag vom 24. Juni 1975 werde durch K. nicht genehmigt. Im Gegensatz zum Landgericht würdigt das Berufungsgericht diese Erklärung jedoch dahin,

eine Genehmigungserklärung werde (noch) nicht abgegeben und ihre Möglichkeit solle weiterer Verhandlung der Beteiligten vorbehalten bleiben.

Zu Unrecht hält das Berufungsgericht den Sinn der festgestellten Äußerung schon ihrem Wortlaut nach für "eindeutig" und "klar" und schließt daraus, es sei selbst im Sinne einer Auslegungshilfe unerheblich, daß - nach den Feststellungen des Landgerichts - K., Dr. R. u.a. in einer internen Vorbesprechung am Nachmittag des 25. Juni 1975 Einverständnis erzielt haben, man wolle den Vertrag nicht billigen. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die sprachliche Wendung, der Vertrag werde nicht genehmigt, mehrdeutig und läßt auch die Auslegung des Landgerichts zu. Zwar hat das Berufungsgericht ergänzend den wirtschaftlichen Hintergrund der Erklärung sowie das spätere Verhalten der Beteiligten gewürdigt; doch ändert dieser Umstand nichts daran, daß es mit dem Inhalt der Vorbesprechung aufgrund rechtsfehlerhafter Erwägungen ein möglicherweise wesentliches Indiz erklärtermaßen unberücksichtigt gelassen hat. Es ist nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht, wenn es die gebrauchte Formulierung als mehrdeutig erkannt hätte, die interne Vorbesprechung und den übrigen Sachverhalt anders gewürdigt hätte und zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre.

2. Das Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als (teilweise) richtig dar (§ 563 ZPO). Dies könnte allerdings der Fall sein, wenn aufgrund des Vertrages vom 20. Dezember 1974 ein wirksamer und fälliger Zahlungsanspruch der Beklagten gegen die Klägerin bestünde.

a) Das Berufungsgericht geht rechtsfehlerfrei davon aus, daß jener Vertrag durch die Genehmigung seitens K [REDACTED] (23. Juni 1975) wirksam geworden sei. Es meint jedoch - von seinem Standpunkt aus folgerichtig -, die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde sei auch nicht nach § 326 BGB unzulässig geworden, denn die Klägerin sei selbst vertragsuntreu geworden und könne daher aus einer Vertragsverletzung der Beklagten keine Rechte herleiten: Bevor sie, die Klägerin, im Laufe des Rechtsstreits die Beklagten zur Erfüllung aufgefordert und sodann Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt habe, habe sie sich auf die Unwirksamkeit des Vertragswerks insgesamt berufen und gegen die vollstreckbaren Urkunden Vollstreckungsabwehrklage erhoben. Mit dem Sinn und Zweck des § 326 BGB sei es unvereinbar, daß die Beklagte (gemeint ist ersichtlich die Klägerin) sich so aus der Bindung an den Grundvertrag befreien könnte, solange sie gleichzeitig ihre Verpflichtungen aus den Folgeverträgen in Zweifel ziehe und zum Gegenstand eines Rechtsstreits mache.

Für eine solche Bewertung ist indessen kein Raum, da ohne neuerliche Würdigung durch den Tatrichter die Möglichkeit offen bleibt, daß die Klägerin die Wirksamkeit der Abänderungsverträge, insbesondere des Vertrages vom 24. Juni 1975 mit Recht geleugnet hat. Für diesen Fall fehlte es an einer Vertragsuntreue der Klägerin und damit an einem Grund für den Ausschluß vertraglicher Rechte nach § 326 BGB.

b) Schließlich verstieße es dann, wie schon das Landgericht zutreffend dargelegt hat, auch nicht gegen Treu und Glauben, daß die Klägerin noch nach der - für die Revisionsinstanz zu unterstellenden - Verweigerung der Genehmigung des Abänderungsvertrages vom 24. Juni 1975 durch K[REDACTED] über andere Möglichkeiten der Durchführung des Grundstücksgeschäfts (nicht auch über andere Möglichkeiten für eine Genehmigung des Vertrages) verhandelt hat.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

3. a) Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird die Klägerin Gelegenheit haben, auch ihre weiteren Bedenken gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts vorzutragen. Das Berufungsgericht wird bei der erneuten Prüfung, ob K[REDACTED] (oder für ihn Rechtsanwalt Dr. R[REDACTED]) am Abend des 25. Juni 1975 die Genehmigung des Vertrages vom 24. Juni 1975 (endgültig) verweigert hat, von der Würdigung des Landgerichts nicht ohne neuerliche Vernehmung Dr. R[REDACTED] abweichen dürfen. Zwar steht es grundsätzlich im - pflichtgemäßen - Ermessen des Prozeßgerichts, ob dieses die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anordnen will (§ 398 Abs. 1 ZPO). Unter besonderen Voraussetzungen entfällt jedoch der Ermessensspielraum. Dies trifft z.B. zu, wenn das Berufungsgericht von der Würdigung der persönlichen Glaubwürdigkeit durch das Erstgericht abweichen will (BGH Urt. v. 1. Oktober 1964 - VII ZR 225/62 - LM ZPO

§ 398 Nr. 3 = NJW 1964, 2414; vgl. auch BGH Urt. v. 26. September 1963 - II ZR 138/61 - LM ZPO § 398 Nr. 2 = MDR 1964, 33). Das gleiche gilt, wenn das Berufungsgericht eine mehrdeutig protokollierte Aussage anders als der Erstrichter verstehen will (BGH Urt. v. 13. März 1968 - VIII ZR 217/65 - LM ZPO § 398 Nr. 6 = NJW 1968, 1138). Schon für den letzten Fall hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes zutreffend darauf hingewiesen, daß bei der Würdigung einer Aussage nur aufgrund des Wortlauts der Niederschrift Vorsicht geboten sei: Nur der Richter, der den Zeugen höre, könne Unklarheiten und Zweifel durch Vorhalte und Rückfragen klären; seine Würdigung könne gerade auf solchen Rückfragen usw. beruhen; erfahrungsgemäß würden derartige Vorhalte u.ä. nicht immer in die Niederschrift aufgenommen. Ähnliche Erwägungen verbieten es dem Berufungsgericht auch hier, eine - wie unter 1 dargelegt - mehrdeutige Zeugenaussage ohne erneute Vernehmung des Zeugen anders als der Erstrichter zu würdigen. Insbesondere hat das Berufungsgericht Anlaß, Rechtsanwalt Dr. R. [REDACTED] den Aktenvermerk vom 1. Juli 1975 sowie die Äußerungen vorzuhalten, die Rechtsanwalt Rö. [REDACTED] für sich und Dr. R. [REDACTED] am 4. Dezember 1975 zu Protokoll gegeben hat und aufgrund deren das Berufungsgericht die Zeugenaussage Dr. R. [REDACTED] anders als der Zeuge selbst verstehen will (BU 23 und 24).

b) Die erneute Verhandlung wird überdies Gelegenheit bieten, der Frage nachzugehen, ob die Beklagte überhaupt befugt gewesen ist, den Vertrag vom 24. Juni 1974 an K[REDACTED] Stelle zu genehmigen.

Hill

Dr. Eckstein

Hagen

Linden

Vogt