

Verkündet am 14. Dezember 1951

Symalla,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle
des Bundesgerichtshofes

Im Namen des Volkes :

In dem Rechtsstreit

der Ehefrau Hermantine W., geb. D. in
H. M. strasse
Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt in
K.,

gegen

den Glasermeister Albert S. in H.,
M. strasse
Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisions-
beklagten,

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 14. Dezember 1951
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Prof.
Dr. Pritsch und der Bundesrichter Dr. Hertel,
Dr. v. Normann, Dr. Heck und Dr. Oechßler
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivil-
senats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
zu Hamburg vom 27. Oktober 1949 wird auf
Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Eigentümer des halben Anteils an dem Grundstück H [REDACTED], M [REDACTED] strasse [REDACTED]. Am 27. November 1947 erteilte er seinem Sohne Albert S [REDACTED] notariell Generalvollmacht. Durch Vertrag vor dem Notar in H [REDACTED] vom 1. März 1948 verkaufte der Sohn Albert S [REDACTED] in Generalvollmacht des Beklagten dessen halben Grundstücksanteil an die durch ihren Ehemann vertretene Klägerin. Der Kaufpreis wurde auf 10000 RM festgesetzt. Er sollte durch folgende Leistungen der Klägerin beglichen werden: Übernahme von Belastungen des Grundstücks in Höhe von 1000 RM, Barzahlung in Höhe von 8000 RM und Hingabe eines Brillantringes im Werte von angeblich 1000 RM. Der durch seinen Sohn vertretene Beklagte verpflichtete sich in dem Vertrage, die auf dem halben Grundstücksanteil zu Gunsten der H [REDACTED] Landesbank-Girozentrale eingetragene Grundschuld von 15000 RM vor Eintragung der Eigentumsänderung löschen zu lassen. Der Sohn des Beklagten bestätigte durch Erklärungen vom 2. April 1948 den Empfang der Barzahlung und des Brillantringes. Der Kaufvertrag fand die Genehmigung der Baubehörde der H [REDACTED]. Im April 1948 starb der Sohn des Beklagten unter Hinterlassung hoher Schulden.

Die Klägerin hat die Verurteilung des Beklagten zur Auflassung des im Grundbuch von H [REDACTED] Blatt [REDACTED] eingetragenen halben Anteils an dem Grundstück M [REDACTED] strasse [REDACTED] an sie beantragt. Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Er macht geltend, sein Sohn sei infolge von Kriegsverletzungen geistig nicht mehr gesund und daher geschäftsunfähig gewesen. Der im Vertrag angegebene Kaufpreis sei nicht ernstlich gewollt gewesen, da sich der Sohn für diesen

26

- 3 -

Preis ansonst zur Übereignung des wertvollen Grundstücks zur Löschung einer Grundschuld von 15000 RM verpflichtet habe. Die Parteien seien sich, was im Vertrage nicht zum Ausdruck gekommen sei, darüber einig gewesen, dass die Klägerin weitere 50000 RM habe zahlen und dass aus dieser Summe die Grundschuld von 15000 RM habe abgelöst werden sollen. Vor dem Abschluss des notariellen Kaufvertrages sei man sich auch einig gewesen, dass der Sohn der Beklagten den nur zum Schein als Kaufpreisteil gedachten Brillantring an die Klägerin zu einem Preise zurückveräußern werde, der den Unterschiede zwischen dem beurkundeten und dem wirklich gewollten Kaufpreise habe entsprechen sollen. Der Beklagte macht weiter geltend, er habe seinem Sohne die Generalvollmacht nur für den Verkauf des Grundstücks M. strasse in H. erteilt; der Sohn sei daher nicht befugt gewesen, den Grundstücksteil M. strasse zu veräußern; das habe der Ehemann der Klägerin auch gewusst; seine - der Beklagten - Bemühungen, vom Sohne die Vollmacht zurückzubekommen, seien gescheitert.

Die Klägerin ist diesem Vorbringen entgegengetreten. Sie trägt insbesondere vor, die Verpflichtung zur Rückübereignung des Brillantringes habe mit dem Grundstückskaufvertrage nichts zu tun. Es habe sich dabei um ein selbständiges Geschäft zwischen ihrem Ehemann und dem Sohne des Beklagten gehandelt, der dem Ehemann verschuldet gewesen sei.

Das Landgericht hat nach Beweiserhebung die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht deren Ehemann in der mündlichen Verhandlung vom 20. Oktober 1949, der letzten Verhandlung in der Berufungsinstanz, als Zeugen vernommen und alsdann die Berufung zurückgewiesen.



Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Aufhebung des zweitinstanzlichen Urteils und ein ihrem Klageantrage entsprechendes Erkenntnis.

Der Beklagte ist im Revisionsrechtszug nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten. Er hat keine Anträge gestellt.

Die Klägerin hat daher um den Erlass eines Versäumnisurteils nach Massgabe ihres Revisionsantrages gebeten.

Entscheidungsründe:

Auf das Versäumnisverfahren im Revisionsrechtszuge finden die in erster Instanz für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (§ 557 ZPO). Ist die Revision, wie hier, zulässig, so ist bei Säumnis des Revisionsbeilagen das tatsächliche Vorbringen, soweit es in der Revisionsinstanz zulässig ist (§ 561 ZPO), von Amtswegen zu prüfen und kein Geständnis zu unterstellen (Baumbach-Lauterbach ZPO § 557 A 2).

Das Berufungsgericht hat seine Feststellung, der als Vertreter seiner Ehefrau aufgetretene Ehemann der Klägerin habe beim Abschluss des Vertrages vom 1. März 1948 gewusst, dass der Beklagte den Verkauf seines Grundstücksanteils mißbilligte, in erster Linie auf die Aussage des in der mündlichen Verhandlung vom 20. Oktober 1949 als Zeuge vernommenen Ehemannes gestützt. Die Revision greift jene Feststellung als auf Prozessverstoss beruhend an. Darauf ist gemäss § 561 II ZPO näher einzugehen.

Die Revision rügt folgendes: Die Aussage des Ehemannes der Klägerin sei bei der mündlichen Verhandlung gemäss § 160 Abs 2 Nr 3 ZPO zu Protokoll festgestellt worden. Im Tatbestande des Urteils sei eine Aussage des Zeugen wiedergegeben, die sich zwar teilweise mit der protokollierten Aussage decke, überwiegend aber nicht protokollierte

Erklärungen des Zeugen enthalte. Gerade diese nicht protokollierten Aussagen seien aber dem Urteil zu Grunde gelegt. Das Berufungsgericht habe hier aller Anschein nach eine Verbindung der Protokollierung nach §§ 160, 162 mit einer Aufzeichnung nach § 161 ZPO beabsichtigt und durchgeführt. Das sei grundsätzlich zu verwerfen. Teilweise Protokollierung, teilweise Wiedergabe im Urteil begründe notwendig eine Unsicherheit über den wirklichen Inhalt der Zeugenaussage und die - auch hier aufgetretene - Gefahr von Widersprüchen. Denn der Ehemann der Klägerin habe im Termin eine Erklärung des Inhalts, er habe beim Abschluss des Kaufvertrages gewusst, dass der Beklagte mit dem Verkauf des Grundstücksanteils nicht einverstanden gewesen sei, nicht abgegeben. Die Revision erbie- tet hierfür das Zeugnis der Prozessbevollmächtigten beider Parteien. Sie schliesst, der Prozess sei infolge des unzulässigen Beweisannahmeverfahrens unrichtig entschieden worden.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass die Verbindung einer Beweisaufnahme-Protokollierung nach §§ 160, 162 ZPO mit einer Aufzeichnung nach § 161 ZPO der Prozessordnung widerstreitet. Sie ist nicht nur nutzlos, sondern sie erschwert auch das Verfahren, das bei einer ausschliesslichen Anwendung der Vorschrift des § 161 ZPO in den dort genannten Fällen vereinfacht werden soll und kann. Die Verbindung beider Verfahrensarten kann sich auch insofern als schädlich erweisen, als sie bei Unstimmigkeiten zwischen dem Inhalt des Protokolls und dem des Tatbestandes Unklarheiten über das Ergebnis der Beweisaufnahme im Gefolge haben kann, die durch ein Beweisverfahren nach § 418 II ZPO nicht zu beheben sind. Ein Verfahren der von der Revision gerügten Art ist daher zu vermeiden.

Ein derartiges Verfahren hat hier aber nicht stattgefunden. Nach dem Akteninhalt ist das Berufungsgericht bei der Vernehmung des Zeugen W. nur im Rahmen des § 161 ZPO tätig geworden. Es hat von einer Niederlegung der Zeugenaussage im Sitzungsprotokoll Abstand genommen. Dem steht der Inhalt des Sitzungsprotokolls nicht entgegen. Das Protokoll enthält den Ansatz einer Niederschrift der Aussage. Die Niederschrift ist jedoch nicht durchgeführt. Sie schweigt über die persönlichen Verhältnisse des Zeugen, enthält nichts davon, dass ihm seine Aussage vorgelesen oder zur Durchsicht vorgelegt worden wäre, und spricht nicht aus, dass eine Genehmigung erfolgt sei. Liegt hiernach ein der Vorschrift der §§ 160, 162 ZPO entsprechendes, in sich abgeschlossenes Vernehmungsprotokoll nicht vor, so mangelt dem Protokoll insoweit jede Beweiskraft. Es kann also insbesondere nicht die in den Tatbestand aufgenommenen Aufzeichnungen der Zeugenaussage entkräften. Der Tatbestand nimmt, soweit die Aussage in Betracht kommt, auf das Protokoll keinen Bezug.

Die Parteien hätten dem Protokoll die fehlende Beweiskraft vielleicht sichern können, wenn sie gegen seine Fassung mit Prozessrügen aus § 162 ZPO vorgegangen wären oder, sofern dafür nach der Prozesslage noch Raum war, wiederholte Vernehmung zum Zweck erneuter Feststellung des Wissens oder anderen Wissens des Zeugen erwirkt hätten (RGZ 149, 315 ff). Sie haben aber solche Massnahmen nicht ergriffen.

Darit entfallen alle Schlussfolgerungen, die von der Revision an das Vorhandensein eines in sich abgeschlossenen Protokolls über die Vernehmung des Zeugen W. geknüpft werden. Die Massgeblichkeit der Aufzeichnungen über die Zeugenaussage im Urteilstatbestand ist darnach nicht zu beanstanden. Die Feststellung, der Ehemann der

Mutterin habe beim Abschluss des Vertrages vom 1. März 1948 gewusst, dass der Beklagte den Verkauf seines Grundstücksanteils missbillige, ist demzufolge ohne Prozessverstoss getroffen.

Das Berufungsgericht ist freilich bei seinem Vorgehen nach § 161 ZPO nicht ganz vorschriftsmässig verfahren. Es hätte im Protokoll vermerken müssen, dass die Vernehmung des Zeugen stattgefunden habe. Es hätte dabei das Persönliche ausreichend festlegen und Aufschluss darüber geben müssen, ob die Vernehmung eidlich oder uneidlich war. Statt dessen hat es im Protokoll ohne Beachtung einer Förmlichkeit den Beginn einer Vernehmung beurkunden und diese Beurkundung wieder abbrechen lassen. Daraus hat sich so viel ergeben, dass die Vernehmung stattgefunden hat, sodass die Vorschrift des § 161 S 2 ZPO als erfüllt angesehen werden kann. Immerhin hat dem Verfahren ein Mangel angehaftet, der zwar nicht zur Aufhebung des Urteils genötigt hat, weil es nicht auf ihm beruht (§ 549 ZPO), wohl aber die Zweifel verursacht hat, die von der Revision geltend gemacht sind. Die Vorschrift des § 161 ZPO befreit das Gericht von Mühe und Zeitaufwand. Gerade deshalb aber sollte in dem Verfahren nach dieser Vorschrift mit grösstmöglicher Sorgfalt vorgegangen werden, schon, um das Vertrauen der Rechtsuchenden in die Zuverlässigkeit der Rechtsprechung zu fördern.

Das Berufungsgericht hat auf Grund der Aussage des Zeugen W. festgestellt, dass der Sohn des Beklagten mit der Veräusserung des Grundstücksanteils Magdalenenstrasse 18 die ihm erteilte Vollmacht mit Wissen des Vertreters der Mutterin missbraucht hat. Die Revision greift diese Feststellung mit Prozessrügen (aus §§ 139, 286 ZPO) weiterhin deshalb an, weil das Berufungsgericht den Inhalt der Vollmacht nicht näher ermittelt habe. Sie meint, bei

näherer Ermittlung des Inhalts würde das Berufungsgericht nicht zu seiner Feststellung haben gelangen können.

Die Rüge ist nicht begründet. Im angefochtenen Urteil wird der Inhalt der Vollmacht, die dem Sohne des Beklagten erteilt war, nicht ausdrücklich erörtert. Nichts spricht aber dafür, dass das Berufungsgericht den Inhalt verkannt und unzureichend beurteilt hätte. Es ist ersichtlich von einem weiten Umfang der Vollmacht ausgegangen und es ist sich auch darüber nicht im Unklaren gewesen, dass dem Sohn die Ermächtigung erteilt war, im Namen des Vollmachtgebers Rechtsgeschäfte für sich oder Dritte mit sich selbst vorzunehmen. Es hat sich durch den Umfang der Vollmacht nur nicht gehindert gesehen, eine Feststellung des Inhalts zu treffen, dass der Beklagte die Befugnis behalten hatte, die erteilte Ermächtigung von Fall zu Fall einzuschränken. Das hat nicht auf Rechtsirrtum beruht. Denn von einer Unwiderruflichkeit der Vollmacht, die jede Beschränkung ausgeschlossen hätte, war im Rechtsstreit keine Rede gewesen. Die von der Revision mitgeteilte Abschrift der in Betracht kommenden, als Generalvollmacht bezeichneten Ermächtigungsurkunde vom 27. November 1947 beinhaltet auch keine Unwiderruflichkeit. Grundsätzlich ist aber auch eine Generalvollmacht von Fall zu Fall beschränkbar (vgl. Staudinger BGB § 167 A 15).

Die Revision scheint den Beweis für eine Beschränkung der Vollmacht zu vermissen, dessen Führung dem Beklagten als Vollmachtgeber obgelegen hätte. Sie beschwert sich darüber, dass im Urteil als "unwiderlegt vorgetragen" bezeichnet sei, der Beklagte habe seinem Sohne die Vollmacht nur zur Veräußerung eines anderen Grundstücks, [REDACTED] strasse [REDACTED], erteilt; die Behauptung dieser Beschränkung sei durchaus bestritten gewesen. Die Revision übersieht,

dass das Berufungsgericht seine Entscheidung nicht auf diese Beschränkung abgestellt hat. Es stellt fest, der Ehemann der Klägerin sei auf jeden Fall darüber unterrichtet gewesen, dass der Beklagte mit der Veräusserung des Grundstücksanteils M [REDACTED] -strasse nicht einverstanden gewesen sei. Diese Feststellung hat das Berufungsgericht auf der Grundlage des Beweisergebnisses auch dann treffen dürfen, wenn es von dem Vorhandensein einer "Generalvollmacht" ausgegangen war. Die Feststellung hatte in der Sachlage eine beachtliche Unterstützung. Es hat sich um einen Familienbesitz gehandelt. An dem Grundstück M [REDACTED] -strasse waren ausser dem Beklagten noch andere Verwandte als Miteigentümer beteiligt. Der Wille, den Anteil des Beklagten an einen Fremden zu veräussern, hat von vornherein ausserhalb des Bereichs der Wahrscheinlichkeit gelegen. Gegen die Feststellung des Berufungsgerichts ist hier nach nichts zu erinnern. Ihr gegenüber versagen auch die Grundsätze über den Rechtsschein der Vollmacht (vgl. BGH Urt v 9.2.1951 - V ZR 29/50). Im übrigen steht der Rüge der Revision auch das entgegen, was das Berufungsgericht über eine dem Ehemann der Klägerin vorzuwerfende, aus eigensüchtigen Erwägungen unternommene bewusste Förderung des Missbrauchs der Vollmacht ausgeführt hat. Die Unwirksamkeit des auf den Anschein der Vollmacht gestützten Auflassungsanspruchs der Klägerin hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen (vgl. Staudinger BGB § 167 A 13; RG in JW 31, 2229; RG in HRR 32 Nr 703; RGZ 143, 201; 145, 312).

Die Revision legt dem Berufungsgericht noch Verletzung der §§ 177, 182 BGB zur Last. Der Beklagte habe das unter Missbrauch der Vollmacht vorgenommene Rechtsgeschäft genehmigt; die Erteilung der Genehmigung sei darin zu erblicken, dass der Beklagte nach dem Abschluss

des Vertrages vom 1. März 1948 in Kenntnis seines Inhalts mit Befriedigung die Äusserung des Ehemannes der Klägerin entgegengenommen habe, die ihm zugegangene Aufforderung der Girozentrale H. zur Abdeckung der Grundschuld von 15000 RM brauche er (Beklagter) nicht zu erfüllen, die Abdeckung sei von ihm - dem Ehemanne - übernommen; das Berufungsgericht habe das in diesem Verhalten des Beklagten zum Ausdruck gekommene "eindeutige Bekenntnis" zu dem von dem Sohne abgeschlossenen Verträge übersehen.

Angesichts der hohen Schuldenlast, die der verstorbene Sohn hinterlassen hatte, ist es menschlich begreiflich, wenn der Beklagte in dem Augenblick, in dem er jene Äusserung zur Kenntnis nahm, keinen Widerspruch gegen den unter Missbrauch der Vollmacht vom Sohne abgeschlossenen Vertrag erhoben hat. Einen Anhalt dafür, dass er damit seine Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft hätte zum Ausdruck bringen wollen, durch das er ein Grundstück im Werte von 50 000 RM verlieren sollte, gewährt dieser Vorgang nicht. Das Berufungsgericht hat keine Veranlassung gehabt, auf ihn zurückzukommen.

Entgegen der Ansicht der Revision kann der Beklagte auch nicht als Erbe seines Sohnes auf die Erfüllung des Vertrages in Anspruch genommen werden, wenn er seine Genehmigung verweigert. Denn eine Verpflichtung zur Erfüllung ist auch für den Sohn nicht entstanden, da festgestellt ist, dass die Klägerin den Mangel der Vertretungsmacht des Sohnes gekannt hat (§ 179 Abs 3 BGB).

Die Revision war hiernach als unbegründet mit Kosten-

folge aus § 97 Abs 1 ZPO durch sog. unechtes Versäumnisurteil zurückzuweisen.

Dr. Pritsch

Dr. Hertel

v. Normann

Dr. Heck

Dr. Oechßler