



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZR 296/19

vom

15. April 2021

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Grupp, die Richterinnen Lohmann, Möhring, die Richter Röhl und Dr. Schultz

am 15. April 2021

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten zu 2 wird die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 21. November 2019 zugelassen, soweit der Beklagte zu 2 zur Zahlung von mehr als 117.805,15 € nebst Zinsen verurteilt worden ist. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

Auf die Revision des Beklagten zu 2 wird das vorbezeichnete Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zu 2 zur Zahlung von mehr als 117.805,15 € nebst Zinsen verurteilt worden ist. In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens vor dem Bundesgerichtshof, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Streitwert für das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf 956.932,86 € festgesetzt, der Wert für das Revisionsverfahren beträgt 839.127,71 €.

Gründe:

I.

1 Am 16. Dezember 1994 verstarb L. R. (fortan: Erblasser). Er wurde in gewillkürter Erbfolge zu je 40 % beerbt von seinem Sohn U. R. und seiner Tochter S. R., die im Jahr 2012 verstarb. Weitere Erben zu je 5 % wurden der Kläger zu 1, die Klägerin zu 2, St. R. und J. R., der im Jahr 2005 verstarb. St. R. und der Erbe des J. R. verkauften ihre Miterbenanteile an die übrigen Miterben. Für den Erbteil der S. R. war Nacherbfolge angeordnet; als Nacherben waren die Kläger zu 1 und 2 sowie St. R. und J. R. eingesetzt. Der Erblasser hat Dauertestamentsvollstreckung für 30 Jahre angeordnet; Testamentsvollstrecker ist U. R. (fortan: Testamentsvollstrecker).

2 Drei zum Nachlass gehörende Grundstücke wurden im Jahr 2007 für insgesamt 3.700.000 € veräußert. Der Beklagte zu 2 ist Rechtsanwalt und unterhielt mehrere Anderkonten für S. R.. Auf eines davon überwies der Testamentsvollstrecker aus Mitteln des Nachlasses 1.012.054,81 € im Juni 2007 und 257.532,91 € im Oktober 2007. In den Jahren 2014 bis 2017 überwies der Beklagte zu 2 insgesamt 117.805,15 € an die - am Verfahren vor dem Bundesgerichtshof nicht beteiligte - Beklagte zu 1, die Testamentsvollstreckerin der S. R. war.

3 Die Kläger haben geltend gemacht, der Testamentsvollstrecker habe vor den Überweisungen mit dem Beklagten zu 2 mündlich vereinbart, dass dieser an die Vorerbin S. R. nur Zinsen auszahle und im Übrigen den überwiesenen Betrag für den Testamentsvollstrecker und die Nacherben auf dem Anderkonto

verwahre. Die Kläger haben ursprünglich beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 117.805,15 € und den Beklagten zu 2 zur Zahlung weiterer 839.127,71 € an die Kläger zu 1 und 2 sowie St. R. als Nacherben des Erblassers zu verurteilen. Das Landgericht hat die Beklagte zu 1 zur Zahlung von 117.000 € und den Beklagten zu 2 zur Zahlung von 839.127,71 € an diese Nacherben verurteilt. Die Berufung des Beklagten zu 2 hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten zu 1 hat es das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage insoweit abgewiesen. Für diesen Fall hatten die Kläger Hilfsanschlussberufung eingelegt mit dem Ziel, den Beklagten zu 2 zur Zahlung weiterer 117.805,15 € zu verurteilen. Dem hat das Berufungsgericht entsprochen. Die Revision hat es nicht zugelassen.

II.

4 Das angegriffene Urteil verletzt den Anspruch des Beklagten zu 2 (fortan nur noch: Beklagter) auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG. Entscheidungserheblich ist der Gehörsverstoß indes nur, soweit das Berufungsgericht den Beklagten zur Zahlung von 839.127,71 € verurteilt hat. Insoweit ist das Urteil gemäß § 544 Abs. 9 ZPO aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

5 1. Das Berufungsgericht hat die Hilfsanschlussberufung der Kläger für zulässig gehalten und angenommen, der insgesamt zuerkannte Anspruch (839.127,71 € zzgl. 117.805,15 €) ergebe sich aus einem vom Beklagten mit dem Testamentsvollstrecker vereinbarten Treuhandverhältnis (§§ 328, 667, 695 BGB). Beide hätten vor der ersten Überweisung mündlich vereinbart, dass der Testamentsvollstrecker die anteiligen Verkaufserlöse aus den Grundstücksverkäufen auf das Anderkonto des Beklagten zahle, dieser nur Zinsen aus diesen

Beträgen an die Vorerbin S. R. auszahle und im Übrigen die Beträge für den Testamentsvollstrecker und anschließend für die Nacherben des Erbteils der S. R. nach dem Erblasser treuhänderisch verwahre. Die Kläger seien aktivlegitimiert und zur Prozessführung befugt, weil der Testamentsvollstrecker den geltend gemachten Betrag zugunsten der Nacherben freigegeben habe. Die Klageforderung sei zudem als Schadensersatzanspruch gerechtfertigt, weil der Beklagte durch unberechtigte Überweisungen gegen seine Pflichten bei der treuhänderischen Verwahrung der überwiesenen Beträge verstoßen habe.

6 2. Das Berufungsgericht hat die erstinstanzlich vernommenen Zeugen U. R. und S. P. nicht erneut vernommen, obwohl es deren Aussagen anders gewürdigt hat als das Landgericht. Dies verletzt den Anspruch des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG.

7 a) Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze mehr findet (BVerfG, NJW 2011, 49 Rn. 11). Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht grundsätzlich an die Tatsachenfeststellungen des ersten Rechtszuges gebunden. Bei Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen sind allerdings erneute Feststellungen geboten. Auch wenn die erneute Vernehmung von Zeugen grundsätzlich im Ermessen des Berufungsgerichts steht, ist es verpflichtet, einen in erster Instanz vernommenen Zeugen erneut zu vernehmen, wenn es seine Glaubwürdigkeit anders als der Erstrichter beurteilen oder die protokollierte Aussage anders als die Vorinstanz verstehen oder würdigen will. Die nochmalige Vernehmung eines Zeugen kann allenfalls dann unterbleiben, wenn sich das Berufungsgericht auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit seiner Aussage betreffen (BGH, Beschluss vom 21. März 2018 - IV ZR 248/17,

NJW 2018, 2334 Rn. 10 mwN). Wenn der Inhalt einer Zeugenaussage dem Protokoll nicht zweifelsfrei entnommen werden kann, weil Angaben widersprüchlich sind oder Interpretationsspielräume bleiben, darf das Berufungsgericht die Aussage nicht ohne erneute Vernehmung anders würdigen als das Erstgericht (vgl. BGH, Beschluss vom 20. November 2018 - II ZR 196/16, NJOZ 2019, 1191 Rn. 28). Verstößt das Berufungsgericht gegen die Pflicht zur erneuten Einvernahme, so verletzt es den Anspruch der Partei auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG (BGH, Beschluss vom 11. Juni 2015 - I ZR 217/14, NJW-RR 2016, 175 Rn. 9; vgl. auch BVerfG, NJW 2011, 49 Rn. 13; BGH, Beschluss vom 21. März 2018, aaO Rn. 9; vom 20. November 2018, aaO Rn. 18; vom 14. Januar 2021 - IX ZR 33/19, ZRI 2021, 184 Rn. 12 f).

8 Hat das erstinstanzliche Gericht über streitige Äußerungen und die Umstände, unter denen sie gemacht worden sind, Zeugen vernommen und ist es aufgrund einer Würdigung der Aussage zu einem bestimmten Ergebnis gekommen, so kann das Berufungsgericht dieses nicht ohne weiteres verwerfen und zum gegenteiligen Ergebnis kommen, ohne zuvor die Zeugen gemäß § 398 Abs. 1 ZPO selbst vernommen zu haben (BGH, Beschluss vom 21. April 2010 - IV ZR 172/09, BeckRS 2020, 12496 Rn. 5). Hat das Erstgericht nach Beweisaufnahme eine bestimmte Vereinbarung nicht für bewiesen gehalten, kann das Berufungsgericht die Beweise nur anders würdigen, wenn es die Zeugen erneut vernimmt (vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 1994 - IX ZR 195/93, NJW 1994, 1405, 1408).

9 b) Diesen Maßstäben wird das Berufungsurteil nicht gerecht.

10 aa) Das Landgericht hat sich nicht von der klägerseits behaupteten Treuhandabrede überzeugt, sondern eine Beweislastentscheidung getroffen. Es hat

die Beweislast - unter einem abweichenden rechtlichen Gesichtspunkt - beim Beklagten gesehen.

11 Dieser hat vorgetragen, der Testamentsvollstrecker habe ihm gesagt, die streitgegenständlichen Beträge seien solche, die S. R. ohnehin zustünden und mittels welcher sie ihren Lebensunterhalt bestreiten sollte. Die Kläger haben dagegen die mündliche Treuhandabrede behauptet. Das Landgericht hat die vom Beklagten angebotene Zeugin S. P. und den von den Klägern benannten Testamentsvollstrecker U. R. als Zeugen einvernommen. Beide Zeugen haben den Vortrag der jeweiligen Partei bestätigt. Das Landgericht hat sich nicht von der Wahrheit einer der beiden Aussagen überzeugen können. Es sei nicht feststellbar, dass eine Aussage mehr oder weniger überzeugend gewesen sei, das Beweisergebnis gehe - unter dem von ihm eingenommenen rechtlichen Blickwinkel - zu Lasten des Beklagten.

12 bb) Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass die Kläger die von ihnen behauptete, vor der ersten Überweisung mündlich getroffene Treuhandabrede beweisen müssen. Es hat seine Überzeugung von der behaupteten Vereinbarung zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Beklagten damit begründet, dass der vom Landgericht vernommene Zeuge U. R. den Inhalt der Vereinbarung bestätigt habe; daneben hat das Berufungsgericht seine Überzeugung auf Schriftverkehr nach den Überweisungen gestützt. Das Berufungsgericht hat weder den Zeugen U. R. vernommen noch die Zeugin S. P., deren Angaben vor dem Landgericht das Berufungsurteil nur insoweit wiedergibt, als es um den Zeitpunkt des Gesprächs über die Zahlung geht. Eine Würdigung der Angaben der Zeugin unterbleibt vollständig.

13 cc) Damit hat das Berufungsgericht der Aussage des Zeugen U. R., wenn auch in Verbindung mit zusätzlichen Umständen, ein höheres Gewicht und

eine stärkere Überzeugungskraft beigemessen als der Aussage der Zeugin S. P. . Obwohl das Berufungsurteil die inhaltlichen Widersprüche zur Aussage dieser Zeugin nicht anspricht und sich nicht dazu äußert, warum es den Angaben des Zeugen U. R. den Vorzug gibt, hat das Berufungsgericht im Ergebnis dessen Aussage anders bewertet als das Landgericht, das sich von keiner der beiden Darstellungen überzeugen konnte. Das Berufungsgericht hat sich in unzulässiger Weise ohne erneute Einvernahme der Zeugen vom Abschluss einer Vereinbarung überzeugt, die das Landgericht nach eigenem Eindruck von den Zeugen nicht festgestellt hat.

14 3. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs ist nur insoweit entscheidungserheblich, als das Berufungsgericht die Verurteilung des Beklagten durch das Landgericht in Höhe von 839.127,71 € nebst Zinsen bestätigt hat.

15 a) Soweit das Berufungsgericht den Beklagten auf die Hilfsanschlussberufung der Kläger zur Zahlung weiterer 117.805,15 € verurteilt hat, hat es übersehen, dass die bedingte Anschließung unzulässig war. Für diesen Rechtsfehler des Berufungsgerichts fehlt es an einem Zulassungsgrund im Sinne des § 543 Abs. 2 ZPO.

16 aa) Es ist anerkannt, dass eine Anschlussberufung nach § 524 ZPO auch bedingt eingelegt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 1983 - VII ZR 72/83, NJW 1984, 1240, 1241; vom 17. März 1989 - V ZR 233/87, NJW-RR 1989, 1099; Musielak/Voit/Ball, ZPO, 18. Aufl., § 524 Rn. 12; BeckOK-ZPO/Wulf, 2021, § 524 Rn. 11; MünchKomm-ZPO/Rimmelpacher, 6. Aufl., § 524 Rn. 28; Stein/Jonas/Althammer, ZPO, 23. Aufl., § 524 Rn. 18). Möglich ist etwa die Bedingung, dass dem in der Hauptsache gestellten Antrag, die Berufung des Gegners zu verwerfen oder zurückzuweisen, nicht entsprochen wird (vgl. BGH, Urteil

vom 10. November 1983, aaO). Auch andere innerprozessuale Bedingungen sind denkbar (vgl. BGH, Urteil vom 17. März 1989, aaO).

- 17 Unzulässig ist hingegen eine Bedingung, die ein anderes - selbständiges - Prozessrechtsverhältnis betrifft. Dies gilt auch dann, wenn beide Prozessrechtsverhältnisse in einem Rechtsstreit zusammengefasst sind. Der Bundesgerichtshof hat deshalb entschieden, dass es unzulässig ist, wenn ein klagender Streitgenosse die Anschlussberufung unter der Bedingung einlegt, dass die Klage des anderen Streitgenossen abgewiesen wird (BGH, Urteil vom 17. März 1989, aaO; zustimmend: Musielak/Voit/Ball, aaO; BeckOK-ZPO/Wulf, aaO; MünchKomm-ZPO/Rimmelspacher, aaO Rn. 29; Stein/Jonas/Althammer, aaO).
- 18 Für den Streitfall gilt nichts anderes. Die Kläger haben ihre Hilfsanschlussberufung gegen den Beklagten unter der Bedingung eingelegt, dass die Berufung der Beklagten zu 1 gegen ihre Verurteilung durch das Landgericht Erfolg hat. Damit folgt die Bedingung für die Entscheidung über die Hilfsanschlussberufung im Prozessrechtsverhältnis zwischen den Klägern und dem Beklagten in unzulässiger Weise aus dem selbständigen Prozessrechtsverhältnis zur Beklagten zu 1.
- 19 bb) Danach beruht die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 117.805,15 € nebst Zinsen auf zwei selbständigen Rechtsfehlern. Das Berufungsgericht hat nicht nur den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt, sondern zusätzlich übersehen, dass die Hilfsanschlussberufung der Kläger unzulässig war. Insoweit fehlt es an einem Zulassungsgrund. Der Zugang zur Revision wegen der Verurteilung in Höhe von 117.805,15 € ist deshalb verschlossen (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Oktober 2003 - V ZB 72/02, NJW 2004, 72, 73; vom 12. Februar 2004 - V ZR 247/03, NJW 2004, 1167, 1168). Das gilt auch, wenn der im Grundsatz zulassungsrelevante Rechtsfehler ein Gehörsverstoß ist.

Auch dieser muss entscheidungserheblich sein (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 2003 - V ZR 187/02, NJW 2003, 3205, 3206).

20 b) Im Blick auf die Verurteilung zur Zahlung von 839.127,71 € nebst Zinsen ist der Gehörsverstoß entscheidungserheblich. Das angefochtene Urteil beruht auch auf dem Verstoß. Dies ist bereits dann der Fall, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Gericht bei verfahrensfehlerfreiem Vorgehen anders entschieden hätte (BGH, Beschluss vom 12. September 2019 - IX ZR 342/18, NZI 2019, 850 Rn. 11 mwN; vom 14. Januar 2021 - IX ZR 33/19, ZRI 2021, 184 Rn. 18).

21 So verhält es sich hier. Wenngleich das Berufungsgericht neben der Aussage des Testamentsvollstreckers weitere Umstände angeführt hat, auf die es seine Überzeugung stützt, ist nicht auszuschließen, dass es sich im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung nach § 286 ZPO nicht von der behaupteten Treuhandvereinbarung überzeugt hätte, wenn es die Zeugen erneut vernommen hätte. Auf den fehlerhaft festgestellten Abschluss des Treuhandvertrags mit dem Beklagten hat das Berufungsgericht die Verurteilung gestützt, und zwar sowohl, was einen vertraglichen Herausgabeanspruch aus §§ 328, 667, 695 BGB angeht, als auch im Hinblick auf einen konkurrierenden Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen Pflichten bei der treuhänderischen Verwahrung.

22 4. Die angefochtene Entscheidung kann daher keinen Bestand haben. Die Sache ist im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird die Aussagen der erneut zu vernehmenden Zeugen zu würdigen haben.

Grupp

Lohmann

Möhring

Röhl

Schultz

Vorinstanzen:

LG Lüneburg, Entscheidung vom 07.02.2019 - 5 O 405/15 -

OLG Celle, Entscheidung vom 21.11.2019 - 6 U 21/19 -