



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

III ZR 136/18

vom

26. November 2020

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 26. November 2020 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Herrmann, die Richter Dr. Remmert und Reiter, die Richterin Dr. Böttcher sowie den Richter Dr. Kessen

beschlossen:

Die Anhörungsrüge des Beklagten gegen das Senatsurteil vom 3. September 2020 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Die Gegenvorstellung des Beklagten gegen das Senatsurteil wird als unzulässig verworfen.

Gründe:

I.

- 1 Die gemäß § 321a Abs. 1 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Anhörungsrüge ist unbegründet. Der Senat hat den durch Art. 103 Abs. 1 GG gewährleisteten grundrechtsgleichen Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör nicht verletzt. Das als übergegangen gerügte Vorbringen ist dessen ungeachtet weitgehend auch nicht entscheidungserheblich.
- 2 Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht nur dazu, den Vortrag einer Prozesspartei zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Er begründet aber keine Pflicht des Gerichts, bei der Würdigung des Sachverhalts und der Rechtslage der Auffassung eines Beteiligten zu folgen. Ebenso wenig folgt aus

Art. 103 Abs. 1 GG die Pflicht der Gerichte, namentlich bei letztinstanzlichen Entscheidungen, zu ausdrücklicher Befassung mit jedem Vorbringen (vgl. nur BVerfG, BeckRS 2013, 55213 Rn. 67 mwN).

3 Da der Senat das Vorbringen des Beklagten vollumfänglich berücksichtigt hat und lediglich seiner Rechtsansicht in mehreren Punkten nicht gefolgt ist, scheidet eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aus. Einzuzugehen ist nur auf folgende Gesichtspunkte:

4 1. Der Vorwurf des Beklagten, der Senat sei gehörswidrig zu der Bewertung gelangt, das Rechtsverhältnis zwischen dem Erblasser und dem Beklagten sei nach Auftragsrecht zu beurteilen und zwar in dem Sinne, dass der Beklagte die Unterlagen nicht auch für eigene Werke habe nutzen dürfen, geht fehl.

5 a) Der Senat hat die von dem Beklagten gegen die Würdigung des Berufungsgerichts, es liege eine rechtlich verbindliche Vereinbarung zwischen dem Erblasser und dem Beklagten vor, erhobenen Rügen geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet. Selbst wenn sie - wie nicht - übergangen worden wären, wären sie jedenfalls nicht entscheidungserheblich.

6 Entgegen der in der Anhörungsrüge vertretenen Ansicht des Beklagten hat der Senat den Inhalt seines Angriffs auf die Würdigung des Berufungsgerichts nicht verkannt. Der Senat hat gesehen, dass der Beklagte mit seiner Revisionsrüge geltend gemacht hat, das Berufungsgericht habe bei seiner Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Erblasser und dem Beklagten erhebliche Umstände außer Betracht gelassen. Diese Rüge hat der Senat jedoch für unbegründet gehalten. Vielmehr hat er festgestellt, dass die Vorinstanz alle für die

Auslegung erheblichen Umstände berücksichtigt hat (Rn. 29 a.E., 30 ff des Senatsurteils). Insbesondere ist er auf die Revisionsrüge eingegangen, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Beklagten zur Unüblichkeit des Fehlens detaillierter ausdrücklicher Regelungen zur Zusammenarbeit zwischen dem Ghostwriter und dem Namensträger übergangen (Rn. 33 des Senatsurteils). Er hat den Angriff aber ebenfalls für unbegründet erachtet. Das Berufungsgericht hat sich umfassend mit den Einzelheiten der konkreten Vereinbarungen zwischen dem Erblasser und dem Beklagten befasst und ist dabei insbesondere auf die von diesem vorgetragene "Atypik" des zwischen ihm und dem Erblasser praktizierten "Ghostwritings" eingegangen (BU 41).

- 7           Unbegründet ist auch die (Anhörungs-)Rüge, der Senat habe den Inhalt der Revisionsrüge verkannt, das Berufungsgericht habe den Vortrag übergangen, aus dem Umstand, dass der Erblasser von der in § 4 Abs. 8 des Verlagsvertrags vorgesehenen Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht habe, Änderungen und Ergänzungen des Vertrags zu verlangen, folge, dass keine Verschwiegenheitspflicht des Beklagten bestehe (siehe Rn. 34 des Senatsurteils). Zwar ist das Berufungsgericht im Rahmen seiner umfassenden und sorgfältigen Prüfung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Erblasser und dem Beklagten nicht eigens auf diesen Punkt eingegangen. Dies war aber auch nicht erforderlich, da das als übergangen gerügte Vorbringen offensichtlich unerheblich ist. Der Umstand, dass der Erblasser von § 4 Abs. 8 des mit dem Verlag - nicht mit dem Beklagten - geschlossenen Vertrags keinen Gebrauch gemacht hat, ist unter keinem Gesichtspunkt geeignet, entgegen den übrigen Würdigungen des Berufungsgerichts den Rückschluss auf das Fehlen einer Verschwiegenheitspflicht im Verhältnis zwischen dem Erblasser und dem Beklagten zuzulassen sowie die davon ausgehende weitere Schlussfolgerung darauf zu indizieren, dass damit auch

die Herausgabe- und Auskunftspflichten des Beklagten abbedungen waren.

8 Da das Berufungsgericht die entscheidungserheblichen Umstände vollständig in seine Würdigung einbezogen hatte, kam es entgegen der Ansicht der Anhörungsrüge nicht darauf an, ob die vom Beklagten (dort erneut) betonten Gesichtspunkte auch eine abweichende Beurteilung hätten rechtfertigen können. Vielmehr ist es bei dieser Sachlage aufgrund der tatrichterlichen Einschätzungsprärogative für den Senat als Revisionsgericht bei dem eingeschränkten Prüfungsmaßstab (Rn. 29 a.E. des Senatsurteils) verblieben.

9 Schließlich war der Senat zur Wahrung des rechtlichen Gehörs nicht gehalten, der rechtlichen Einschätzung eines Sohnes des Erblassers zum Bestehen einer Verschwiegenheitspflicht zu folgen, sondern konnte darauf abstellen, dass nach diesen - vom Beklagten erstmalig in das Revisionsverfahren eingeführten - Aussagen der Erblasser eine (ausdrückliche) Regelung der Vertraulichkeit nicht für erforderlich hielt. Dessen ungeachtet wäre dieser Vortrag in der Revisionsinstanz gemäß § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht zuzulassen gewesen, weil der Gegenstand der behaupteten Äußerungen nicht von Amts wegen zu beachten und, wie der Prozessbevollmächtigte der Klägerin in der mündlichen Verhandlung des Senats ausdrücklich betont hat, nicht unstrittig war.

10 b) Soweit der Beklagte geltend macht, der Senat sei gehörswidrig davon ausgegangen, dass der Beklagte die Unterlagen nicht auch für eigene Werke habe nutzen dürfen, hat der Senat das Vorbringen des Beklagten zur Kenntnis genommen und erwogen, jedoch abweichend gewürdigt.

11           aa) Die erstmals in der Revisionsverhandlung vorgebrachte Rüge, das Berufungsgericht hätte aus den Äußerungen des Beklagten in dem Buch "Vermächtis - Die Kohl-Protokolle" keine Schlüsse ziehen dürfen, ohne diesen persönlich anzuhören und gegebenenfalls weitere Beweise zu erheben, hätte, soweit sie im Rahmen der Anschlussrevision erhoben werden sollte, als Verfahrensrüge gemäß § 554 Abs. 3 Satz 2, § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO in der Anschlussrevisionsbegründungsschrift erhoben werden müssen. Dessen ungeachtet und soweit sie als nicht fristgebundene Gegenrüge (vgl. BGH, Urteil vom 12. Oktober 1987 - II ZR 251/86, NJW 1988, 1321, 1322; Musielak/Voit/Ball, ZPO, 17. Aufl., § 557 Rn. 19; Zöller/Heßler, ZPO, 33. Aufl., § 557 Rn. 12 f) im Revisionsverfahren der Klägerin geltend gemacht worden sein sollte, hat der Prozessbevollmächtigte des Beklagten in der Verhandlung - und auch in der Anhörungsrüge - nicht dargetan, dass und wann in der Tatsacheninstanz ein entsprechender Antrag gestellt worden war. Selbst aus der in der Anhörungsrüge zitierten Aktenstelle (Berufungsbegründung vom 2. August 2017, Bl. 2654 der vorinstanzlichen Gerichtsakten) ergibt sich gerade nicht, dass die persönliche Anhörung des Beklagten verlangt wurde. Der Senat durfte davon ausgehen, dass diese prozessualen Zusammenhänge dem - speziell beim Bundesgerichtshof zugelassenen und daher mit dem Revisionsverfahrensrecht besonders vertrauten - Prozessbevollmächtigten des Beklagten bewusst waren und im Urteil nicht ausgeführt werden mussten.

12           bb) Soweit der Beklagte geltend macht, der Senat habe den Vortrag übergegangen, das von ihm, dem Beklagten, angenommene Einverständnis des Erblassers mit einer Verwendung der Tonbandaufnahmen durch ihn im eigenen Interesse habe nach Anfertigung der Aufnahmen nicht mehr rückwirkend einseitig

durch den Erblasser wieder aufgehoben werden können, hat der Senat auch dieses Vorbringen berücksichtigt, ist aber nicht zu den von dem Beklagten hieraus gezogenen Schlüssen gelangt (Rn. 38 des Senatsurteils).

13 Gleiches gilt, soweit der Beklagte beanstandet, der Senat habe seinen Vortrag nicht zur Kenntnis genommen, die fraglichen Umstände seien nicht im Hinblick auf einen nachträglichen Dispens von einer an sich bestehenden Verschwiegenheitsverpflichtung oder sonstigen vertraglichen Bindungen zu berücksichtigen gewesen, sondern aus ihnen folge das anfängliche beziehungsweise jedenfalls im jeweiligen Zeitpunkt der Anfertigung der Aufnahmen gegebene Nichtbestehen einer solchen Verschwiegenheits- oder sonstigen Pflicht. Diese Erwägungen des Beklagten betreffen die Würdigung des Berufungsgerichts, der Erblasser habe "Herr über seine Erinnerungen" bleiben sollen, und es habe daher zur Durchsetzung der Vertraulichkeit einer rechtlich verbindlichen Vereinbarung bedurft. Der Senat hat diese Würdigung überprüft und dabei auch die fraglichen Ausführungen des Beklagten berücksichtigt (Rn. 31, 34 des Senatsurteils).

14 Ohnedies ist das Vorbringen des Beklagten zum Fehlen einer Vertraulichkeits- oder Verschwiegenheitsverpflichtung nicht entscheidungserheblich. Auch wenn eine solche Pflicht des Beklagten nicht bestanden hätte, würde dies nicht bedeuten, dass damit zugleich der Herausgabeanspruch des Erblassers aus § 667 BGB abbedungen wäre. Und selbst wenn - wovon aber nicht auszugehen ist - dem Beklagten ursprünglich ein Nutzungsrecht an dem aus dem Auftragsverhältnis Erlangten zugestanden hätte, wäre dies nach der Beendigung des Rechtsverhältnisses durch den Erblasser entfallen, da das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, dass ein Nutzungsrecht des Beklagten nicht unabhängig vom Vertrauen des Erblassers in diesen bestehen sollte.

- 15 cc) Der Senat hat auch nicht gehörswidrig übergangen, dass der Beklagte sich "erkennbar" auf die Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) berufen habe. Insoweit fehlt es schon daran, dass der Beklagte dieses Grundrecht im Revisionsverfahren geltend gemacht hat. Zudem hätte es einer Begründung bedurft, inwiefern die grundsätzlich gegen den Staat gerichtete Pressefreiheit Einfluss auf die Freiheit von Privatpersonen zur vertraglichen Gestaltung einer Tätigkeit als Ghostwriter hat. Insofern ist auch nicht ersichtlich, dass die angefochtene Entscheidung auf der unterbliebenen Berücksichtigung von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG beruhen könnte.
- 16 2. Der Senat hat nicht gegen seine Hinweispflicht aus § 139 Abs. 1 Satz 1 ZPO verstoßen, zumal nicht in einer Art. 103 Abs. 1 GG verletzenden Weise. Es liegt keine Überraschungsentscheidung vor. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Auslegung der E-Mail des Beklagten vom 30. März 2010 dahin, dass "der Beklagte erklärte, über keinerlei herausgabefähige Gegenstände mehr zu verfügen", als auch für die Wertung, der Beklagte habe seine Pflicht zur Auskunftserteilung "vorsätzlich verletzt" und dies "vorsätzlich verdunkelt".
- 17 Aus dem Hinweisbeschluss des Senats vom 4. Juni 2020 ergab sich zunächst, dass er die E-Mail des Beklagten vom 30. März 2010 abweichend vom Berufungsgericht auslegen werde und sich insoweit nicht an dessen Auslegung gebunden sah. Die Würdigung der E-Mail als Erfüllung eines Anspruchs auf umfassende Auskunft war ohne ein vom Berufungsgericht abweichendes Verständnis nicht möglich. Auch die vom Senat im letzten Absatz von Nummer I 2 des Hinweisbeschlusses gezogene rechtliche Schlussfolgerung auf eine Schadensersatzverpflichtung des Beklagten war ohne die vom Berufungsgericht abweichende Auslegung des Inhalts der E-Mail vom 30. März 2010 nicht möglich. Im Übrigen hat der Prozessbevollmächtigte, wie sich aus Seiten 5 unten, 6 oben

seiner Stellungnahme vom 24. Juli 2020 ergibt, erkannt, dass der Senat die Auslegung durch das Berufungsgericht als nicht bindend ansehen könnte ("Sollte der erkennende Senat die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts zum Aussagegehalt der E-Mail vom 30. März 2010 [Anlage K 20 = Bl. 976 GA] entgegen dem Vorstehenden nicht als in der dritten Instanz bindend ansehen und eine eigene Auslegung vornehmen..."). Seine Stellungnahme zu dem Hinweisbeschluss, die die sich insofern stellenden Fragen kundig erörtert, belegt - entgegen der jetzigen Darstellung - auch im Übrigen eine entsprechend verständige Rezeption durch den Prozessbevollmächtigten des Beklagten. Anhaltspunkte dafür, dass er den Hinweis nicht verstanden hätte, waren dem Senat deshalb nicht erkennbar.

18            Ungeachtet dessen ist die Auslegung der E-Mail in der mündlichen Verhandlung des Senats erörtert worden. Der Prozessbevollmächtigte des Beklagten hat nicht zu erkennen gegeben, dass er den Hinweis des Senats nicht oder nicht vollständig verstanden hat.

19            Darüber hinaus hat der Senat darauf hingewiesen, dass sich die Unrichtigkeit der Auskunft aus den eigenen späteren Aussagen des Beklagten ergebe. Dass dies zu dem Schluss auf eine vorsätzliche Falschauskunft führen konnte - wenn nicht gar musste -, war bei verständiger Würdigung durch einen Rechtsanwalt erkennbar, denn Umstände, die auf eine lediglich irrtümlich falsche Auskunft hindeuten könnten, waren nach dem dem Senatsurteil zugrunde zulegenden Sach- und Streitstand nicht ersichtlich. Gleichwohl hat der Beklagte nicht die Gelegenheit genutzt, sich in seiner Stellungnahme auf den Hinweisbeschluss mit den insofern inmitten stehenden Umständen auseinanderzusetzen. Zudem weist der Prozessbevollmächtigte des Beklagten - insofern zutreffend - darauf hin, dass die Frage des Vorsatzes in der Revisionsverhandlung erörtert worden ist. Die

Vertreter beider Parteien haben hierzu in dem Rechtsgespräch Stellung genommen, nachdem der Senat die Vorsatzthematik und ihre Bedeutung für den aus § 242 BGB folgenden Auskunftsanspruch in der Einführung in den Sach- und Streitstand dargelegt hatte. Der Prozessbevollmächtigte des Beklagten hätte spätestens dort Gelegenheit gehabt, die nunmehr mit der Anhörungsrüge geltend gemachten Umstände, die seiner Auffassung nach gegen eine vorsätzliche Lüge des Beklagten beziehungsweise Verdunkelung der Umstände sprechen, anzuführen. Dies betrifft insbesondere die in der Anhörungsrüge vorgebrachte Behauptung, der Beklagte habe die E-Mail vom 30. März 2010 nicht als umfassende Auskunft aufgefasst und deshalb auch nicht vorsätzlich eine falsche Auskunft gegeben. Das abweichende Verständnis des Senats vom Erklärungsinhalt der E-Mail war gerade Gegenstand des Hinweises vom 4. Juni 2020. Warum es eines weiteren Hinweises bedurft hätte, erschließt sich daher nicht.

20           3.       Schließlich liegt keine Gehörsverletzung darin, dass der Senat in seinem Urteil nicht eigens auf den vom Prozessbevollmächtigten des Beklagten in der mündlichen Verhandlung angesprochenen § 281 Abs. 4 BGB eingegangen ist. Der Senat hat den Hinweis auf diese Bestimmung in seiner Beratung erwogen, ihn jedoch für die Entscheidung als offensichtlich neben der Sache liegend betrachtet, so dass eine gesonderte Bescheidung nicht erforderlich war.

21           Dass bei einem Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB entgegen der Ansicht des Beklagten auch bei der Verletzung von Nebenpflichten Schadensersatz als Naturalrestitution verlangt werden kann, ergibt sich aus der von ihm selbst zitierten Entscheidung des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 28. Februar 2018 (VIII ZR 157/17, NJW 2018, 1746 Rn. 26; siehe auch MünchKommBGB/Ernst, 8. Aufl., § 280 Rn. 31). Demzufolge ist der Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen der Falschauskunft des Beklagten entgegen dessen Auffassung

nicht auf Geldersatz als Schadensersatz "statt der Leistung" beschränkt. Überdies beruht die - bereits aus dem vorstehenden Grund rechtsirrig - Ansicht des Beklagten, der vom Senat für begründet erachtete Auskunftsanspruch sei nach § 281 Abs. 4 BGB ausgeschlossen, auf der fehlerhaften Prämisse, dass dieser Anspruch inhaltsgleich mit dem des ursprünglichen, aus § 666 Fall 3 BGB folgenden ist, mithin letztlich dessen Erfüllung zuerkannt worden sei. Der Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen der Falschauskunft des Beklagten ist indessen nicht auf Auskunft gerichtet (siehe Rn. 49 f des Senatsurteils). Die vom Senat für begründet erachtete Auskunftsforderung ist lediglich ein auf § 242 BGB beruhender Sekundäranspruch zur Vorbereitung und Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs (Rn. 51 des Senatsurteils). Dieser sekundäre Auskunftsanspruch ist zudem anders als der aus § 666 Fall 3 BGB folgende nicht auf umfassende Rechnungslegung gerichtet.

22               Schließlich wäre der aus § 242 BGB ergebende Auskunftsanspruch selbst dann begründet, wenn der Schadensersatzanspruch, zu dessen Vorbereitung und Durchsetzung er dient, auf Geldersatz gerichtet wäre.

23               Aus diesen Gründen fehlt es auch an der Entscheidungserheblichkeit des vermeintlich übergangenen Vorbringens zu § 281 Abs. 4 BGB.

II.

24 Die Gegenvorstellung gegen ein Urteil ist unstatthaft (z.B. Musielak/Ball  
aaO § 567 Rn. 27).

Herrmann

Remmert

Reiter

Böttcher

Kessen

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 27.04.2017 - 14 O 286/14 -

OLG Köln, Entscheidung vom 29.05.2018 - 15 U 66/17 -