

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 177/80

URTEIL

Verkündet am

29. April 1982

Schorm,

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Frau Elisabeth van O [REDACTED],

Am G [REDACTED], B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Frau Henny K [REDACTED],

B [REDACTED]straße [REDACTED], B [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. April 1982 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Nüßgens und die Richter Dr. G. Krohn, Dr. Tidow, Kröner und Dr. Scholz-Hoppe

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 24. Oktober 1980 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Die Parteien kennen sich seit mehreren Jahren von ihrer früheren gemeinsamen Arbeitsstätte her; seit Frühjahr 1977 trafen sie sich gelegentlich.

Am 22. April 1977 übergab die Klägerin, die 1975 oder 1976 einen Lottogewinn von 1,5 Mio. DM erzielt hatte, der Beklagten einen Verrechnungsscheck über 100.000 DM, den diese zu Lasten des Kontos der Klägerin einlöste.

Die Klägerin hat vorgetragen, sie habe der Beklagten diesen Geldbetrag als Darlehen mit einer Laufzeit bis zum 31. Dezember 1978 gegeben. Sie hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 100.000 DM nebst Zinsen zu zahlen.

- 3 -

Die Beklagte hat eingewendet: Sie habe die gesamte Summe geschenkt erhalten. Hiervon habe sie jedoch nur 20.000 bis 30.000 DM für eigene Belange verwendet. Das restliche Geld sei an die Klägerin zurückgeflossen, unter anderem durch Darlehen über 19.000, 3.000 und 4.000 DM. Mit den Rückzahlungsansprüchen hieraus rechne sie hilfsweise auf.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 74.000 DM nebst Zinsen stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage in vollem Umfang abgewiesen und die Anschlußberufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren ursprünglichen Antrag weiter.

### Entscheidungsgründe

#### I.

Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, daß die Klägerin für ihre Behauptung beweispflichtig ist, der Beklagten den Betrag von 100.000 DM als Darlehen gewährt zu haben (vgl. Senatsurteil vom 24. Mai 1976 - III ZR 63/74 = WM 1976, 974; Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast im Privatrecht § 607 Rdn. 4 m.w.Nachw.). Unter Würdigung des beiderseitigen Parteivorbringens und der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme kommt es dann zu dem Ergebnis, daß die Hingabe als Darlehen nicht bewiesen sei.

Die Revision rügt zu Recht, daß dem Berufungsgericht dabei Verfahrensfehler unterlaufen sind. Insbesondere hat es die Zeugenaussage des Steuerberaters B [REDACTED] fehlerhaft gewürdigt.



II.

1. B [REDACTED] hat vor dem Landgericht ausgesagt, die Klägerin habe ihm bei einer Unterredung im Beisein der Beklagten und ohne deren Widerspruch mitgeteilt, dieser ein zinsloses Darlehen von 100.000 DM auf zwei Jahre gewährt zu haben. Das Berufungsgericht zieht diese Aussage in Zweifel, weil der Scheck über 100.000 DM erst nach dem gemeinsamen Besuch der Parteien bei dem Zeugen hingegeben worden sei. Es munde ungewöhnlich an, daß die Klägerin schon zu diesem Zeitpunkt eine solche konkrete, aber unzutreffende Erklärung abgegeben haben solle.

2. Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts vermögen diese Bedenken nicht zu stützen. Es läßt sich nicht ausschließen, daß das Berufungsgericht in seiner Beweiswürdigung zu Unrecht als unstreitig behandelt hat, daß der Scheck erst nach dem Besuch beim Steuerberater hingegeben worden ist. Diese Behauptung der Beklagten ist im Tatbestand des angefochtenen Urteils zwar zunächst als unstreitig gekennzeichnet; ebenso ist in den Entscheidungsgründen - ohne nähere Begründung - ausgeführt, das Berufungsgericht halte dieses Vorbringen "nunmehr, wie auch in erster Instanz für unstreitig". Andererseits hat das Berufungsgericht im Tatbestand seines Urteils hervorgehoben, die Klägerin habe in dem Berufungsrechtszug behauptet, die Darlehensgewährung - gemeint ist damit auch die Hingabe des Schecks - sei dem gemeinsamen Besuch der Parteien beim Steuerberater vorausgegangen. An anderer Stelle in den Entscheidungsgründen findet sich eine ähnliche Dar-

stellung der Behauptungen der Klägerin wieder. Auch die vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Schriftsätze enthalten diesen Vortrag. Im Schriftsatz vom 11. Juli 1980 hat die Klägerin anknüpfend an die Aussage ihres Steuerberaters ausdrücklich behauptet, der Scheck sei vor dem Besuch übergeben worden. Dem Berufungsgericht und den Sitzungsniederschriften läßt sich nicht entnehmen, daß die Klägerin diese Behauptung später zurückgenommen hat. Eine Änderung ihres Vortrags folgt auch nicht aus ihren Ausführungen im Schriftsatz vom 25. September 1980. Hierin setzt sie sich, wie sie darin betont, allein mit den Behauptungen der Beklagten auseinander.

Die Würdigung der Zeugenaussage des Steuerberaters Boßmann durch das Berufungsgericht gründet sich nach allem in einem wesentlichen Punkt auf widersprüchliche tatsächliche Feststellungen. § 314 ZPO steht dieser Beurteilung nicht entgegen. Diese Vorschrift führt nicht dazu, daß die Behauptung der Beklagten, der Scheck sei nach der Unterredung bei dem Steuerberater hingegeben worden, als unstreitig behandelt werden kann. Dem Tatbestand des angefochtenen Urteils fehlt insoweit die Beweiskraft, als er Widersprüche enthält (BGH Urteil vom 5. November 1968 - VI ZR 179/67 = VersR 1969, 79, 80). Die Behauptung der Beklagten, der Scheck sei erst nach dem Besuch beim Steuerberater übergeben worden, kann schließlich auch nicht nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden angesehen werden. Zwar hatte die Klägerin diesen Sachvortrag der Beklagten im ersten Rechtszug nicht bestritten. Die Fiktion des § 138 Abs. 3 ZPO tritt aber erst mit dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung ein. Die Klä-

gerin konnte die unterbliebene Erklärung deshalb in der Berufungsinstanz noch ohne weiteres nachholen (vgl. Wieczorek ZPO 2. Aufl. § 138 Anm. D II a; Stein/Jonas/Pohle ZPO 19. Aufl. § 138 Anm. II 3 jeweils m.w. Nachw.).

### III.

Das Berufungsgericht hat bei der Würdigung der Zeugenaussage des Steuerberaters B. gegen § 286 ZPO auch insoweit verstoßen, als es annimmt, er habe Vorgänge verwechselt und vermengt, und zwar den gemeinsamen Besuch der Parteien bei ihm im April 1977 und eine weitere Unterredung mit der Klägerin erhebliche Zeit danach. Diese Erwägung findet in den bisherigen tatrichterlichen Feststellungen keine Stütze. Weder die Klägerin noch die Beklagte haben vorgetragen, daß die Klägerin zur Vorbereitung ihrer Vermögenssteuererklärung ein weiteres Mal bei dem Steuerberater vorgesprochen habe. Wenn das Berufungsgericht dennoch ein zweites Treffen für wahrscheinlich hielt, weil die Vermögenssteuererklärung erst am 12. Juli 1977 angefertigt worden ist, so hätte es insoweit jedenfalls weiterer Aufklärung bedurft.

### IV.

Nach allem mußte das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen werden.

Für das weitere Verfahren wird auf folgendes hingewiesen: In dem angefochtenen Urteil hat das Berufungsgericht als wesentlich die Aussage der Mutter der Beklagten angesehen, wonach die Klägerin auf Vorhalt erklärt habe, sie habe der Beklagten 100.000 DM geschenkt. Gleichzeitig hat die Zeugin ausgesagt, sie habe gesehen,

daß ihre Tochter der Klägerin insgesamt 26.000 DM gegeben habe, was im übrigen bis zur Beweisaufnahme noch von keiner Partei vorgetragen war. Das Landgericht hat die Aussage dahin verstanden, daß dieses Geld als Rückzahlung auf das Darlehen bezahlt worden sei. Das Berufungsgericht wird den möglichen Widerspruch in der Zeu- genaussage zu beachten haben. Sofern das Berufungsge- richt schließlich die Glaubwürdigkeit der Zeugen anders als das Landgericht beurteilen könnte, wird zu beden- ken sein, daß nach gefestigter Rechtsprechung zu § 398 ZPO dann eine erneute Vernehmung der Zeugen erforderlich ist (vgl. BGH Urteile vom 10. Februar 1981 - X ZR 78/79 = GRUR 1981, 533, 534; vom 7. Juli 1981 - VI ZR 48/80 = NJW 1982, 108, 109; vom 14. Oktober 1981 - IV a ZR 152/80 = WM 1982, 16, 17 jeweils m.w.Nachw.).

Nußgens

Krohn

Tidow

RiBGH Dr.Scholz-Hoppe kann  
wegen Urlaubs nicht unter-  
schreiben

Kröner

Nußgens