

Nachschlagewerk: ja
BGHR: ja

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

III ZR 246/96

vom

27. November 1997

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

ZPO §§ 296 Abs. 2, 379

Ein in der mündlichen Verhandlung aufrechterhaltener Beweis-
antritt auf Vernehmung eines Zeugen, dessen Ladung
nicht erfolgt ist, weil der Beweisführer den unter Frist-
setzung angeforderten Auslagenvorschuß nicht eingezahlt
hat, kann gemäß § 296 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen werden;
eine weitere Fristbestimmung ist nicht Voraussetzung.

BGH, Beschl. v. 27. November 1997 - III ZR 246/96 - KG Berlin
LG Berlin

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am
27. November 1997 durch die Richter am Bundesgerichts-
hof Dr. Werp, Dr. Wurm, Streck, Schlick und Dörr

beschlossen:

Die Revision der Widerkläger gegen das
Urteil des 10. Zivilsenats des Kammer-
gerichts in Berlin vom 3. Juni 1996
- 10 U 3594/94 - wird nicht angenommen.

Die Widerkläger tragen die Kosten des
Revisionsverfahrens (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Streitwert: 163.460,18 DM

- 3 -

G r ü n d e

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Die Revision hat im Ergebnis auch keine Aussicht auf Erfolg (BVerfGE 54, 277).

1. Es geht im Revisionsverfahren im wesentlichen nur darum, ob das Berufungsgericht den Antrag der Widerkläger, ihnen "Gelegenheit für eine spätere Vernehmung des Zeugen v. G. zu geben", zu Recht unter entsprechender Anwendung des § 296 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen hat. Die gegen diese Verfahrensweise des Berufungsgerichts gerichteten Angriffe der Revision bleiben erfolglos.

a) Ausgangspunkt ist, daß das Berufungsgericht es mit Recht unterlassen hat, den Zeugen v. G. in Ausführung des Beweisbeschlusses vom 28. September 1995 zur Vernehmung zu laden, nachdem die Widerkläger der Anforderung im Beweisbeschuß - unter Fristsetzung -, einen Vorschuß für den Zeugen zu zahlen, nicht nachgekommen waren (§ 379 ZPO). Soweit die Revision in Frage stellt, ob überhaupt eine Verpflichtung der Widerkläger zur Einzahlung eines Auslagenvorschusses für den Zeugen bestand, kann ihr nicht gefolgt werden. Der Umstand, daß das Berufungsgericht im Rahmen seines Ermessens nach § 398 Abs. 1 ZPO die wiederholte Vernehmung des Zeugen angeordnet hat, ändert nichts daran, daß es sich um einen von den Widerklägern benannten Zeugen handelte.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



b) Unterbleibt im Hinblick auf § 379 ZPO die Ladung eines Zeugen, so hindert dies allerdings die Partei nicht daran, (den Zeugen zum Termin zu stellen oder) bis zur letzten mündlichen Verhandlung den Antrag auf Zeugenvernehmung aufrechtzuerhalten. Das Gericht hat dann darüber zu entscheiden, ob es dem Beweisantrag noch stattgibt oder ihn unter den Voraussetzungen des § 296 Abs. 2 ZPO zurückweist (BGH, Urteile vom 17. Oktober 1979 - VIII ZR 221/78 - NJW 1980, 343 f und vom 5. Mai 1982 - VIII ZR 152/81 - NJW 1982, 2559, 2560; OLG Hamm NJW-RR 1995, 1151 f).

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß Bemühungen um eine wiederholte Vernehmung des Zeugen v. G. die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würden, und hat festgestellt, daß die Verspätung auf seiten der Widerkläger auf grober Nachlässigkeit beruht. Hinweise der Widerkläger auf ein Büroversehen hat es mit Recht nicht gelten lassen, weil rechtzeitig vor dem Verhandlungstermin nicht nur das Büro des Vertreters der Widerkläger, sondern auch dieser selbst telefonisch auf die fehlende Einzahlung des Gebührenvorschusses hingewiesen worden waren.

Ermessensfehler des Berufungsgerichts, soweit es von der Bestimmung des § 296 Abs. 2 ZPO Gebrauch gemacht hat, sind nicht ersichtlich. Ohne Erfolg führt die Revision in diesem Zusammenhang an: In den Fällen, in denen das zweitinstanzliche Gericht gemäß § 398 ZPO die erneute Vernehmung eines in erster Instanz vernommenen Zeugen angeordnet habe, der Ladung und Vernehmung des Zeugen jedoch entgegenstehe, daß der Auslagenvorschuß nicht einbezahlt worden sei, dürfe

darán die erneute Vernehmung des Zeugen nicht scheitern; der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme gebiete in solchen Fällen vielmehr, daß das Prozeßgericht der Partei, die den Zeugen in erster Instanz benannt hatte, eine "Ausschlußfrist analog § 356 ZPO" setze. Hiermit meint die Revision ersichtlich, im Streitfall hätte das Berufungsgericht nach dem fruchtlosen Verstreichen der in dem Beweisbeschluß vom 28. September 1995 gesetzten Frist noch eine - weitere - Frist nach § 356 ZPO bestimmen müssen (vgl. Egon Schneider ZJP 76 [1963], 188, 192 f; a.A. MünchKomm ZPO/Musielak § 356 Rn. 7; Bachmann DRiZ 1984, 401, 403). Das trifft jedoch nicht zu. Selbst wenn, was hier offenbleiben kann, vorliegend der Regelungsbereich (auch) des § 356 ZPO betroffen wäre beziehungsweise diese Vorschrift, was die Nichteinzahlung eines Auslagenvorschusses angeht, nicht von § 379 ZPO als Sondervorschrift völlig verdrängt würde (vgl. Zöllner/Greger ZPO 20. Aufl. § 356 Rn. 2, 5), wäre kein rechtlicher Grund für das Erfordernis einer zweimaligen Fristsetzung zur Zahlung des Auslagenvorschusses ersichtlich. Auch ist dem Vorbringen der Revision nicht zu entnehmen, daß die von ihr geforderte "Ausschlußfrist analog § 356 ZPO" eine andere Qualität hätte als eine Fristsetzung nach § 379 ZPO; insbesondere bedarf es bei der Fristsetzung nach der einen wie nach der anderen Vorschrift nicht einer Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumung der Frist (vgl. § 231 Abs. 1 ZPO).

2. Auch im übrigen läßt das angefochtene Urteil keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Widerkläger erkennen.

Werp

Wurm

Streck

Schlick

Dörr