

BUNDESGERICHTSHOF

35

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 250/86

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
10. März 1988
Friederich
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. der Reederei S [REDACTED] GmbH & Co. KG,
vertreten durch die G. S [REDACTED] GmbH,
diese vertreten durch den Geschäftsführer
Gerhard S [REDACTED], Am M [REDACTED], P [REDACTED]-A [REDACTED],

Beklagten zu 1), Widerklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED]
als Abwicklerin der Kanzlei des
Rechtsanwalts Dr. [REDACTED] -

2. der G. S [REDACTED] GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer Gerhard S [REDACTED],
Am M [REDACTED], P [REDACTED]-A [REDACTED],

Beklagten zu 2),

g e g e n

den Architekten Wolfgang N [REDACTED],
G [REDACTED] Straße [REDACTED], P [REDACTED]-A [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WIII

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. März 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Krohn und die Richter Boujong, Dr. Halstenberg, Dr. Werp und Dr. Rinne

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten zu 1) wird das Teilurteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Oldenburg vom 12. November 1986 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger nimmt die Beklagten als Gesamtschuldner auf Zahlung von Architektenhonorar in Anspruch. Die Beklagte zu 1) hat widerklagend die Rückzahlung eines Darlehens in Höhe von 48.000,-- DM verlangt. Sie hat vorgetragen: Der Geschäftsführer der Beklagten zu 2), ihrer Komplementärin, habe dem Kläger das Darlehen gegen Sicherungsübereignung von fünf Jagd- und Sammlerwaffen gewährt. Das Darlehen sei zum 25. August 1985 fälliggestellt worden. Der Geschäftsführer der Beklagten zu 2) habe den Rückzahlungsanspruch an sie, die Beklagte zu 1), abgetreten.

Der Kläger hat den Abschluß eines Darlehensvertrages bestritten und behauptet, der Geschäftsführer der Beklagten zu 2) habe die Waffen für 48.000,-- DM gekauft.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Widerklage durch Teilurteil abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte zu 1) den Darlehensrückzahlungsanspruch weiter.



Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß derjenige, der - wie die Beklagte zu 1) - die Rückzahlung eines Darlehens begehrt, die Einigung der Parteien über die Hingabe des Geldes als Darlehen beweisen und einen von der Gegenpartei behaupteten anderen Rechtsgrund ausschließen muß (Senatsurteil vom 3. Dezember 1987 - III ZR 120/86 - m.w.Nachw., zur Veröffentlichung in BGHR BGB § 607 - Beweislast 1 - bestimmt). Das wird von der Revision auch nicht in Zweifel gezogen.

II.

Gemäß Ziffer 7 des landgerichtlichen Beweisbeschlusses vom 12. November 1985 sollte über folgende Fragen Beweis erhoben werden:

Hat der Kläger von Herrn Gerhard S. (dem Geschäftsführer der Beklagten zu 2) ein Darlehen von 48.000,-- DM bekommen? Ist der Darlehensanspruch an die Beklagte zu 1) abgetreten worden?

Zu Satz 2 hat das Landgericht die Vernehmung des Geschäftsführers der Beklagten zu 2) angeordnet. Dieser hat, als Partei vernommen, nicht nur die Abtretung bestätigt, sondern weiter erklärt, es sei richtig, daß er dem Kläger das Darlehen gegeben habe.

Die Vernehmung des Geschäftsführers der Beklagten zu 2) zur Frage der Darlehensgewährung war zwar durch das im Beweisbeschluß niedergelegte Beweisthema möglicherweise nicht mehr gedeckt. Der darin etwa liegende Verstoß gegen § 450 ZPO hätte jedoch der Verwertbarkeit der Aussage schon deswegen nicht entgegengestanden, weil er durch rügelose Einlassung gemäß § 295 ZPO geheilt worden wäre (vgl. Senatsurteil vom 14. Januar 1965 - III ZR 131/63 - FamRZ 1965, 212).

Das Berufungsgericht hätte deshalb in seine Beweiswürdigung auch die Aussage des Geschäftsführers der Beklagten zu 2) zur Frage der Darlehensgewährung einbeziehen müssen; es hat sie jedoch übergangen. Diesen Verfahrensfehler hat die Revision indessen nicht ausdrücklich gerügt. Sie macht, soweit es um die Frage der Parteivernehmung geht, lediglich geltend, das Berufungsgericht habe nicht in nachprüfbarer Weise dargelegt, warum es von der Möglichkeit einer Parteivernehmung nach § 448 ZPO keinen Gebrauch gemacht habe. Ob damit auch das Übergehen der im ersten Rechtszug durchgeführten Parteivernehmung als ordnungsgemäß gerügt (§ 554 Abs. 3 Nr. 3 ZPO) anzusehen ist, erscheint zweifelhaft, zumal die Revision die Aussage des Geschäftsführers der Beklagten zu 2) allem Anschein nach selbst nicht zur Kenntnis genommen hat. Das braucht jedoch nicht entschieden

zu werden, weil das angefochtene Urteil jedenfalls wegen des von der Revision ausdrücklich gerügten Verstoßes gegen § 448 ZPO keinen Bestand haben kann.

III.

1. Die Vernehmung einer Partei nach § 448 ZPO setzt voraus, daß das Ergebnis der Verhandlung und einer durchgeführten Beweisaufnahme nicht ausreicht, die richterliche Überzeugung von der Richtigkeit der Darstellung der einen oder anderen Partei zu begründen, daß aber jedenfalls eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Behauptung besteht. Es ist grundsätzlich Sache des Tatrichters, diese Voraussetzung zu prüfen, bevor er eine Partei für beweisfällig erklärt. Ob er von dem ihm in § 448 ZPO eingeräumten Recht, eine Partei von Amts wegen zu vernehmen, Gebrauch macht, steht dabei in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Das Revisionsgericht kann nur prüfen, ob er sein Ermessen unsachgemäß ausgeübt, die Grenzen des Ermessens überschritten oder dieses Ermessen, falls eine Vernehmung nach § 448 ZPO in Betracht kam, überhaupt nicht hat walten lassen (BGH Urteil vom 17. September 1986 - IVb ZR 87/85 - BGHR ZPO § 448 - Ermessensgrenzen 1 = FamRZ 1987, 152, 153 m. w. Nachw.).

2. Im Streitfall läßt sich nicht feststellen, ob das Berufungsgericht, das die Anwendung des § 448 ZPO nicht ausdrücklich erörtert, das ihm eingeräumte Ermessen ausgeübt hat. Im Rahmen der tatrichterlichen Beweiswürdigung verwendete Formulierungen deuten darauf hin, daß es die Möglich-

keit einer Parteivernehmung von Amts wegen überhaupt nicht erwogen, sich also seiner Befugnis und Pflicht zur Ermessensausübung gar nicht bewußt gewesen ist.

Das Berufungsgericht hat zu der behaupteten Darlehensgewährung die Ehefrau des Klägers (Hedwig N[REDACTED]) sowie den Sohn (Gerd S[REDACTED]) und den Bruder (Lambert S[REDACTED]) des Geschäftsführers der Beklagten zu 2) als Zeugen vernommen. Die Ehefrau des Klägers hat über ein Telefongespräch mit dem Geschäftsführer der Beklagten zu 2) berichtet, in dem dieser ihr erklärt habe, er habe den größten Fehler seines Lebens gemacht, als er dem Kläger die Waffen abgekauft habe. Dagegen hat der Geschäftsführer der Beklagten zu 2) nach der Aussage seines Sohnes bei dem Telefongespräch lediglich gesagt, er habe den größten Fehler seines Lebens gemacht, indem er dem Kläger Vertrauen geschenkt habe. Nach den Bekundungen des Zeugen Lambert S[REDACTED] hat dessen Bruder bei der Übergabe der Waffen durch den Kläger erklärt, er hoffe, daß dieser die Waffen bald wieder abholen und ihm die 48.000,-- DM zurückzahlen werde; darauf habe der Kläger geantwortet, das solle so schnell wie möglich geschehen.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist der Beklagten zu 1) damit der Beweis für die Darlehensgewährung nicht gelungen. Die Bekundungen der Zeugen N[REDACTED] und Gerd S[REDACTED], so führt es aus, seien unergiebig und nicht überzeugend. Die Aussage des Zeugen Lambert S[REDACTED] könne zwar "letztendlich zutreffend" sein. Das Gericht sei sich dessen aber "nicht hinreichend sicher" und könne "mangels weiterer für die Darstellung der Beklagten zu 1) sprechender Umstände alleine hierauf eine dem Kläger nachteilige Entscheidung nicht stüt-

zen." Auch nach den Angaben dieses Zeugen, so meint das Berufungsgericht, verblieben Zweifel am tatsächlichen Geschehensablauf.

3. Diese Würdigung läßt nicht nur nicht erkennen, daß das Berufungsgericht die Voraussetzungen einer Parteivernehmung nach § 448 ZPO verneinen wollte; sie spricht vielmehr dafür, daß es selbst davon ausgegangen ist, für die von der Beklagten zu 1) behauptete Darlehenshingabe bestehe eine gewisse Wahrscheinlichkeit. Darauf deutet vor allem die Erwägung hin, eine Verurteilung des Klägers zur Darlehensrückzahlung könne nicht allein auf die Aussage des Zeugen S. [REDACTED] gestützt werden. Bei dieser Sachlage mußte sich dem Berufungsgericht die Prüfung einer Parteivernehmung nach § 448 ZPO zur Frage der darlehensweisen Hingabe der 48.000,-- DM aufdrängen. Wenn das angefochtene Urteil gleichwohl eine Auseinandersetzung mit dieser Frage nicht erkennen läßt, so legt das unter den gegebenen Umständen - auch im Hinblick auf die im ersten Rechtszug bereits durchgeführte, im Berufungsurteil aber unerwähnt gebliebene Parteivernehmung des Geschäftsführers der Beklagten zu 2) - die Annahme nahe, daß das Berufungsgericht das ihm nach § 448 ZPO eingeräumte Ermessen überhaupt nicht hat walten lassen.

IV.

Nach Zurückverweisung der Sache wird zunächst zu prüfen sein, ob im Streitfall eine Anwendung des § 448 ZPO in Betracht kommt. Für diese Prüfung weist der Senat darauf hin, daß das Berufungsgericht die Beweiskraft der Aussage des

Zeugen Lambert S[REDACTED] verfahrensfehlerhaft unterbewertet hat. Die Erwägungen, mit denen es seine Zweifel an der Richtigkeit der Bekundungen dieses Zeugen begründet, halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht führt aus: Wenn zwei befreundete Personen die Hingabe eines Darlehens vereinbarten, so könne der Darlehensgeber zwar sagen, er hoffe, alsbald sein Geld zurückzuerhalten; nach seinen Erfahrungen sei es aber "selten, wenn nicht gar ungewöhnlich", wenn in einem solchen Fall der genaue Betrag genannt werde. Es gibt indessen keinen Erfahrungssatz des Inhalts, daß unter den gegebenen Umständen der Darlehensgeber lediglich von "Geld" spricht, den geschuldeten Betrag also nicht ziffernmäßig bezeichnet.

Der Zeuge Lambert S[REDACTED] hat zu den Umständen, unter denen er Zeuge des vorbezeichneten Gesprächs geworden ist, im wesentlichen angegeben: Da sein Bruder habe verreisen wollen, habe er, der Zeuge, ihn aufgesucht, um sich von ihm zu verabschieden. Die - nahezu beendete - Verabschiedung im Flur des Hauses sei durch das Erscheinen des Klägers unterbrochen worden. Er, der Zeuge, habe sich daraufhin in die Küche zurückgezogen und bei geöffneter Küchentür 5-10 Minuten in der Absicht gewartet, sich nach dem Fortgang des Klägers endgültig von seinem Bruder zu verabschieden. Dazu sei es aber nicht mehr gekommen. Wegen der Fortdauer des Gesprächs habe er das Haus durch die Waschküche verlassen. Wenn das Berufungsgericht diese Aussage mit der Begründung in Zweifel zieht, ein "einleuchtender Grund für die Aufwendung einer so langen Zeit" (gemeint ist der 5-10minütige

Aufenthalt des Zeugen in der Küche) sei "nicht ersichtlich", so ist das nicht nachvollziehbar.

Unzutreffend ist auch der Hinweis des Berufungsgerichts, es sei "nicht hinreichend verständlich", daß der Zeuge Lambert S. [REDACTED] aus dem Gespräch zwischen dem Kläger und dem Geschäftsführer der Beklagten zu 2) zwar die Angabe des Betrages von 48.000,-- DM behalten haben wolle, im übrigen aber keinerlei Einzelheiten über den Gesprächsinhalt wiedergeben könne. Der Zeuge hat, wie das Berufungsgericht selbst hervorhebt, nicht nur den genannten Betrag erwähnt, sondern auch über die Äußerungen der beiden Gesprächsteilnehmer zur Rückzahlung des Geldes und zur Rückgabe der Waffen sowie darüber berichtet, daß nach seinem Eindruck der Kläger die Waffen habe vorführen oder zeigen wollen, der Geschäftsführer der Beklagten zu 2) dies aber nicht für nötig gehalten habe.

Denkfehlerhaft ist schließlich die Würdigung des Berufungsgerichts, für den Abschluß eines Kaufvertrages spreche, daß die Übergabe von Waffen und Geld "schlicht um schlicht" erfolgt sei; dies könne der Grund dafür gewesen sein, daß man die getroffene Vereinbarung nicht schriftlich festgehalten habe. Dem ist entgegenzuhalten, daß die gleichzeitige Übergabe von Geld und Waffen ebenso nahe gelegen hätte, wenn die Waffen zur Sicherung eines Darlehensrückzahlungsanspruchs bestimmt gewesen wären. Auch dann könnte die Erwägung, die übergebenen Waffen stellten für den Darlehensgeber eine ausreichende Sicherheit dar, das Motiv für einen Verzicht auf die schriftliche Fixierung der getroffenen Vereinbarung gewesen sein.

2. Diese Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht die Bekundungen des Zeugen Lambert S. [REDACTED] in Zweifel zieht, müssen danach bei der Prüfung, ob im Streitfall eine Anwendung des § 448 ZPO in Betracht kommt, unberücksichtigt bleiben. Unter diesen Umständen liegt hier eine Parteivernehmung von Amts wegen nahe, nachdem das Berufungsgericht sonstige Bedenken gegen die Richtigkeit der Zeugenaussage nicht erhoben, der Zeuge in beiden Tatsacheninstanzen übereinstimmende und widerspruchsfreie Angaben gemacht hat, Anhaltspunkte, die gegen seine persönliche Glaubwürdigkeit sprechen könnten, weder vom Landgericht noch vom Berufungsgericht aufgezeigt worden sind und der Geschäftsführer der Beklagten zu 2) anlässlich seiner erstinstanzlichen Parteivernehmung die Darlehensgewährung bereits bestätigt hat.

Krohn

Boujong

Halstenberg

Werp

Rinne