

11

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 254/64

URTEIL

Verkündet am

28. November 1966

Scheibl

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Otto R. J. [REDACTED] in
K [REDACTED], P [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Assessor Rudolf W. [REDACTED] in
K [REDACTED], R [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. November 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendam, sowie der Bundesrichter Dr. Beyer, Dr. Hußla, Gähtgens und Keßler

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 8. Juli 1964 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsrechtszuges werden dem Kläger auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Vater des Beklagten, der ein Baugeschäft unter der Firma Theodor W. [REDACTED] GmbH. & Co. in K. [REDACTED] betrieb, schuldete dem Kläger 87 500 DM, für die sich seine Firma verbürgt hatte. Der Kläger stellte, nachdem Schuldner und Bürge gegen Zahlungsbefehle Widerspruch eingelegt hatten, gegen den Vater des Beklagten und gegen dessen Firma den Antrag auf Eröffnung des Konkurses. Am 17. September 1962 erließ das Amtsgericht ein Veräußerungsverbot und bestellte einen Sequester.

Der Vater des Beklagten bemühte sich in mehreren Gesprächen mit dem Kläger, die Konkursöffnung abzuwenden. Am Abend des 5. Oktober 1962 suchte der Beklagte selbst den Kläger in dessen Wohnung auf; auch er wollte versuchen, den Konkurs abzuwenden. Hierbei kam der beabsichtigte Verkauf eines Wohngrundstücks in F [REDACTED], S [REDACTED], als dessen Eigentümer der Beklagte eingetragen war, zur Sprache sowie die Möglichkeit, einen Teil des zu erwartenden Erlöses an den Kläger abzuführen und auf diese Weise die Schulden des Vaters des Beklagten - wenigstens zum Teil - abzudecken.

In den folgenden Tagen fanden weitere Besprechungen zwischen dem Kläger und dem Vater des Beklagten statt, die am 8. Oktober 1962 zum Abschluß eines Vergleichs führten; in diesem Vergleich erkannte der Vater des Beklagten für sich und seine Firma einen Anspruch des Klägers in Höhe von 87500 DM an, trat angebliche Ansprüche an den Kläger ab und übertrug diesem das Sicherungseigentum an verschiedenen Gegenständen, wogegen der Kläger sich verpflichtete, die Konkursanträge zurückzunehmen. Dem Vergleich lag ein Entwurf zugrunde, den der Berater des Vaters des Beklagten, Rechtsanwalt Dr. S [REDACTED], dem Berater des Klägers, Rechtsanwalt Dr. K [REDACTED], mit einem Begleitschreiben vom 8. Oktober 1962 zugeleitet hatte; in diesem Begleitschreiben heißt es:

"Wie mir Herr W [REDACTED] weiter mitteilt, hat sein Sohn, der Referendar Rudolf W [REDACTED], Herrn J [REDACTED] zugesagt, diesem nach Verkauf eines Wohnhauses in F [REDACTED] den über 183 000 DM

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



hinausgehenden Betrag, dessen Höhe z.Zt. noch nicht mitgeteilt werden kann, zu zahlen. Diese Zusage kann ich natürlich nicht in die Vereinbarung hineinnehmen, die zwischen Herrn Theodor W[REDACTED] und Herrn Otto R. J[REDACTED] gemäß anliegender Urkunde vereinbart wird, weil die Zusage hier nicht hineingehört. Herr Rudolf W[REDACTED] befindet sich z.Zt. auch in F[REDACTED], um den Verkauf des Hauses durchzuführen. In diesem Falle muß aber auch eine mündliche Zusage genügen."

Der Kläger nahm mit Schreiben vom 8. Oktober 1962 die Konkursanträge zurück. Jedoch wurde das Konkursverfahren später auf einen Antrag, den der Vater des Beklagten selbst am 3. Dezember 1962 stellte, eröffnet.

Der Beklagte verkaufte sein Grundstück in F[REDACTED] am 18. Oktober 1962 für einen Kaufpreis von 190 000 DM, der teils durch Zahlung teils durch Übernahme von Verbindlichkeiten zu berichtigen war. Die Einrichtung des F[REDACTED] Hauses, die nach der Behauptung des Beklagten seiner Mutter gehörte, wurde für 40 000 DM verkauft. Der Kläger erhielt nichts aus dem Verkaufserlös. Der Vater des Beklagten zahlte nach dem Abschluß des Vergleichs dem Kläger einige tausend Mark, trug aber im übrigen seine Schuld nicht ab.

Mit der Behauptung, bei der Besprechung am 5. Oktober 1962 habe der Beklagte sich verpflichtet, an den Kläger auf die Schuld seines Vaters den Betrag

zu zahlen, der über 183 000 DM hinaus durch den Verkauf des Freiburger Hauses erlöst werde, und der Erlös des Freiburger Hauses müsse höher als 190 000 DM angesetzt werden, weil das Haus mit Einrichtung mindestens 230 000 DM erbracht habe, hat der Kläger 7 000 DM nebst 8 % Verzugszinsen seit dem 14. November 1962 von dem Beklagten als Teilbetrag gefordert und hierüber ein Versäumnisurteil erwirkt. Nachdem der Beklagte Einspruch eingelegt hat, hat der Kläger beantragt, das Versäumnisurteil aufrecht zu erhalten.

Der Beklagte hat gebeten, das Versäumnisurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen; er hat eine eigene Verpflichtung gegenüber dem Kläger in Abrede gestellt und in tatsächlicher Hinsicht erwidert: Bei der Unterredung am Abend des 5. Oktober 1962 habe er den Kläger darauf hingewiesen, daß wegen der Verschuldung seines Vaters nicht mit einer Befriedigung der Ansprüche des Klägers gerechnet werden könne, wenn ein Konkursverfahren eröffnet werde. Das Haus in F [REDACTED] - so habe er den Kläger weiter unterrichtet - sei mit 183 000 DM belastet, wieviel es erbringen werde, sei offen, bis jetzt habe ein Käufer sich nicht gemeldet. Irgendwelche Zusagen habe er dem Kläger nicht gemacht und auch nicht machen können, weil von anderer Seite Ansprüche auf den - nach Abzug der Belastungen verbleibenden - Kaufpreisrest gestellt worden seien.

Das Landgericht hat das Versäumnisurteil auf-

recht erhalten. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht das Versäumnisurteil aufgehoben und die Klage kostenpflichtig abgewiesen, jedoch die durch die Säumnis des Beklagten entstandenen Kosten diesem auferlegt. Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils; der Beklagte bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil nicht bewiesen sei, daß der Beklagte sich am Abend des 5. Oktober 1962 dem Kläger gegenüber verbindlich verpflichtet habe, den 183 000 DM übersteigenden Teil des Erlöses aus dem Verkauf des Freiburger Hauses auf die Schuld seines Vaters zu zahlen, und weil, selbst wenn eine verbindliche Vereinbarung unterstellt werde, deren Geschäftsgrundlage nachträglich weggefallen und der Beklagte damit von jeglicher Verpflichtung freigeworden sei; denn Grundlage einer Zusage des Beklagten könne nur gewesen sein, daß der Konkurs des Vaters des Beklagten abgewendet werde und auch abgewendet bleibe. Die Revision greift das Berufungsurteil in beiden Punkten an. Mit dem Berufungsgericht ist jedoch zunächst zu prüfen, ob eine Verbindlichkeit des Be-

klagen vertraglich begründet wurde. Denn die Frage nach der Geschäftsgrundlage und den Folgen ihres Wegfalls läßt sich erst stellen, wenn der Vertragsinhalt feststeht und die Auslegung ergibt, daß der Wegfall der angenommenen Geschäftsgrundlage in dem Vertrag nicht berücksichtigt ist (IM zu BGB § 242 Bb Nr. 18; BGB RGRK 11. Aufl. zu § 242 Anm. 59).

2. Die ursprüngliche Verbindlichkeit des Vaters des Beklagten gegenüber dem Kläger war nach dem Inhalt der Urkunde vom 5. Mai 1962 eine Darlehensschuld, für die die Firma Theodor W. [REDACTED] GmbH. & Co. selbstschuldnerisch gebürgt hatte. Das Landgericht hat die vom Kläger behauptete Zusage des Beklagten, er wolle den 183 000 DM übersteigenden Teil des Erlöses aus dem künftigen Verkauf seines Hauses in F. [REDACTED] auf die Schuld seines Vaters zahlen, die es als erwiesen angesehen hat, rechtlich als einen - nicht formbedürftigen - Schuldbeitritt gewertet. Ob die getroffenen Feststellungen ausreichen, um ein unmittelbares eigenes sachliches Interesse des Beklagten an der Erfüllung der Verbindlichkeit seines Vaters zu bejahen, - das ersichtliche persönliche Interesse, dem Vater und der Familie die Eröffnung des Konkursverfahrens zu ersparen, würde im Zweifel für die Annahme eines Schuldbeitritts kaum ausreichen (vgl. RGZ 90, 415, 418; RG JW 1921, 335 Nr. 4; BGB RGRK vor § 414 Anm. 18) - kann auf sich beruhen. Denn das Ergebnis, das das Berufungsgericht aus einer umfangreichen Beweisaufnahme und

deren eingehender Würdigung in tatsächlicher Hinsicht gezogen hat, hält den Angriffen der Revision stand.

3. Das Berufungsgericht hat Rechtsanwalt Dr. Schell, den Berater des Vaters des Beklagten, die Ehefrau und die Tochter des Klägers, die Sekretärin des Vaters des Beklagten, Frau B[REDACTED], sowie den Vater des Beklagten als Zeugen vernommen; ihm lagen die eidesstattlichen Erklärungen (§ 377 Abs. 3 ZPO) des Rechtsanwalts Dr. K[REDACTED] und des Wirtschaftsprüfers Dr. R[REDACTED] vor. Die Würdigung dieser Aussagen und Erklärungen sowie des Inhalts der vorgelegten Urkunden hat das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangen lassen: Es sei nicht bewiesen, daß der Beklagte sich am Abend des 5. Oktober 1962 dem Kläger gegenüber verbindlich zur Hergabe des 183 000 DM übersteigenden Erlöses aus dem Verkauf des Hauses S[REDACTED] verpflichtet habe. Allerdings habe das Gespräch zwischen den Parteien auch die Frage berührt, ob der Beklagte den Kläger am Erlös des Hauses in F[REDACTED] beteiligen und ihn auf diese Weise - wenigstens teilweise - sichern könne. Jedoch beständen unausräumbare Zweifel - die das Berufungsurteil im einzelnen erörtert - gegen die Annahme, daß dieses Gespräch schon zum Abschluß des vom Kläger behaupteten Abkommens geführt habe. Mehr als unverbindliche Vorverhandlungen seien nicht dargetan. Der Kläger möge, nachdem er sich mit dem Vater des Beklagten am 8. Oktober 1962 geeinigt hatte, des Glaubens geworden sein, am 5. Oktober 1962

mit dem Beklagten ein bindendes Übereinkommen geschlossen zu haben, obgleich er bei diesem Gespräch alles auf die lange Bank geschoben habe. Bewiesen aber sei lediglich ein vorbereitendes Gespräch, das eine bindende Absprache nicht enthalte.

II.

Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß eine tatsächliche Behauptung wahr oder nicht wahr sei, ist für das Revisionsgericht bindend, es sei denn, daß in Bezug auf die Feststellung ein zulässiger und begründeter Revisionsangriff erhoben ist (§ 561 Abs. 2 ZPO). Die Revision verkennt nicht, daß die Würdigung der erhobenen Beweise Sache des Tatrichters ist; sie glaubt jedoch, das Berufungsgericht habe zu seiner Beweiswürdigung nur unter Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften, insbesondere der §§ 282, 286 ZPO gelangen können. Diese Rüge ist zulässig, sie bleibt jedoch erfolglos. Im einzelnen handelt es sich dabei um folgendes:

1. Die Revision verweist auf den Satz des Berufungsurteils (BU Bl. 10):

"Schon der Inhalt der Aussagen der Zeuginnen J. [REDACTED] (Ehefrau des Klägers) und P. [REDACTED] (Tochter des Klägers) reicht nicht aus, um die Gewißheit über eine vom Beklagten am 5. Oktober 1962

verbindlich gegebene Zusage zu schaffen."

Sie zieht daraus den Schluß, das Berufungsgericht habe allgemeine Grundsätze der Beweiswürdigung verkannt; denn der prozessuale Beweis einer Tatsache erfordere nicht die Gewißheit oder Sicherheit einer Tatsache, sondern lasse einen hohen Grad der Wahrscheinlichkeit genügen (Wieczorek ZPO zu § 282 Anm. D II a). Allerdings ist ein sicheres Erkennen in vielen menschlichen Verhältnissen nicht zu erzielen, weil die Erkenntnismittel versagen (RGZ 155, 37, 40). Dann darf und muß der Richter sich mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewißheit begnügen (BGHZ 7, 116, 120), der dem Zweifel Schweigen gebietet, ohne ihn völlig auszuschließen (Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl. zu § 286 Anm. I, 1 mit Nachweisen). Inwieweit die Feststellung der hier erheblichen Tatsache, ob die Unterredung am 5. Oktober 1962 bereits zu einer bindenden Absprache führte, durch Mängel der menschlichen Erkenntnisfähigkeit beeinflusst werden kann, kann hier unerörtert bleiben. Jedenfalls ist dem Berufungsurteil nichts dafür zu entnehmen, daß das Berufungsgericht Grundsätze der Beweiserhebung und Beweiswürdigung verkannt und an den Beweis zu strenge Anforderungen gestellt hätte. Aus dem Gebrauch des Wortes "Gewißheit" läßt sich dies - entgegen der Ansicht der Revision - nicht schließen, denn es wird auch in BGHZ 7, 116, 120 in dem angeführten Zusammenhang verwendet. Das Berufungsurteil begründet - worauf die Revisionserwiderung zutreffend

hinweist -, weshalb das Gericht die Gewißheit nicht habe erlangen können, damit, daß "unausräumbare Zweifel", die im einzelnen erörtert werden, gegen die Annahme sprächen, die Unterredung am 5. Oktober 1962 habe schon zum Abschluß des vom Kläger behaupteten Abkommens geführt. Das Berufungsgericht hat einen Vertragsschluß nicht "mit der erforderlichen Sicherheit" der Beweisaufnahme entnehmen können und begründet dies eingehend. Es will mit dem angeführten Satz - wie der Zusammenhang der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils zweifelsfrei ergibt - nicht mehr und nichts anderes sagen, als daß nicht einmal die Aussage der Ehefrau und der Tochter des Klägers, für sich allein gewürdigt, eine hinreichende Grundlage für die richterliche Überzeugung bilden könnten, der Beklagte habe sich bereits verbindlich verpflichtet. Das Berufungsurteil läßt nicht erkennen, daß das Berufungsgericht einen überspannten, für die Bedürfnisse des praktischen Lebens unbrauchbaren Grad von Gewißheit für den Beweis gefordert hätte, die Entscheidungsgründe sprechen vielmehr in vielen Punkten entscheidend gegen eine solche Annahme. Die Erwägungen des Berufungsgerichts liegen im Rahmen der dem Tatrichter obliegenden Würdigung des Beweisergebnisses und lassen einen revisionsrechtlich zu beanstandenden Fehler nicht erkennen.

2. Bei ihrer Vernehmung vor dem Landgericht hatte die Ehefrau des Klägers als Zeugin zu Pro-

10
tokoll vom 24. April 1963 ausgesagt, der Beklagte habe dem Kläger ausdrücklich zugesagt, er werde ihm den über 183 000 DM hinaus etwa zu erzielenden Erlös auszahlen, und habe mit Handschlag ausdrücklich versichert, daß er endgültig zu seinem Wort stehen werde. Im Rahmen seiner umfassenden Beweisaufnahme über die Vorgänge um den 5. Oktober 1962 hat das Berufungsgericht die Ehefrau des Klägers nochmals zu Protokoll vom 13. Januar 1964 vernehmen lassen. Das Berufungsgericht hat jedoch geglaubt, der Aussage der Ehefrau des Klägers eine verbindliche Zusage des Beklagten nicht entnehmen zu können, weil die Zeugin den genauen Wortlaut der Wendungen nicht mehr angeben können, obwohl sie unstreitig das Gespräch habe belauschen sollen, weil sie nicht habe sagen können, ob der Beklagte den Mehrerlös tatsächlich zur Verfügung gestellt und der Kläger das Angebot angenommen habe, und weil mit der Möglichkeit gerechnet werden müsse, daß die Zeugin Gesprächsteile außerhalb ihres richtigen Zusammenhanges wiedergebe, denn sie habe sich gelegentlich von ihrem Horchposten entfernt.

Die Rüge der Revision, wenn das Berufungsgericht Wert auf die Formulierungen legte, hätte der Zeugin ihre erstinstanzliche Aussage vorgehalten werden müssen, ist unbegründet. Die Anordnung der wiederholten Vernehmung der Zeugin stand im Ermessen des Gerichts (§ 398 ZPO). Für die wiederholte Vernehmung gelten die Vorschriften der §§ 394-397 ZPO

(Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl. zu § 398 Anm.III), d.h. die Zeugin war zu veranlassen, ihr Wissen vom Gegenstand der Vernehmung im Zusammenhang anzugeben, sie war zur Aufklärung und zur Vervollständigung nötigenfalls vom Gericht weiter zu befragen, wobei sachdienliche Fragen auch den Parteien und ihren Anwälten gestattet werden konnten. Die Revision rügt nicht, daß diese Bestimmungen verletzt worden wären. Der vernehmende Richter war jedoch verfahrensrechtlich nicht verpflichtet, der Zeugin ihre Aussage in dem landgerichtlichen Beweisprotokoll vorzuhalten. Dem Berufungsgericht ging es - daran läßt der Beweisbeschluß vom 16. Oktober 1963 keinen Zweifel - nicht um eine Ergänzung oder Abrundung der erstinstanzlichen Vernehmung der Zeugin, es legte vielmehr Wert darauf, die Vorgänge von Grund auf neu, vollständig und umfassend zu klären. Dem trägt die eingehende Protokollierung der Aussage Rechnung. Dabei konnte für die Beweiswürdigung von Erheblichkeit sein, was die Zeugin im Zeitpunkt der Vernehmung, der im übrigen nur 1 Jahr und 3 Monate nach den fraglichen Vorgängen lag, noch sicher und genau wußte. Die Aussage der Zeugin, sie könne den genauen Wortlaut der Wendungen, mit denen der Beklagte sich zum Eintreten erboten habe, nicht mehr sagen, ist im Protokoll festgehalten. Der Kläger, der den Beweistermin persönlich wahrnahm, und sein Anwalt hätten hierzu Fragen an die Zeugin stellen oder ihr Vorhaltungen machen können.

Das Berufungsurteil behandelt - was die Revi-

sion nicht verkennt - auch die erstinstanzliche Aussage der Zeugin und vergleicht beide Aussagen. Das Berufungsgericht durfte aus den Abweichungen der beiden Aussagen voneinander, selbst wenn die Zeugin ihre erste Aussage nicht ausdrücklich einschränkte, seine Schlüsse ziehen, denn das Gericht hat seine Überzeugung unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses der Beweisaufnahme zu bilden (§ 286 ZPO). Wenn das Berufungsgericht die "Ausdeutung", der Beklagte habe ausdrücklich zugesagt, den Mehrerlös an den Kläger zu zahlen - wie die Zeugin bei ihrer ersten Vernehmung ausgesagt hatte -, als fraglich bezeichnet, so liegt dies im Rahmen tatrichterlicher Würdigung. Das Berufungsurteil gibt auch die Gründe dafür an, weshalb das Berufungsgericht eine solche Ausdeutung für nicht gerechtfertigt gehalten hat (weil nämlich die Zeugin einen Wortlaut nicht angeben könne und, als sie sich gelegentlich entfernte, den Faden des Gesprächs verloren haben könne). Die Auffassung der Revision, es sei denkgesetzlich unmöglich, hier von einer "Ausdeutung" zu sprechen, weil die Zeugin mit ihrer Aussage vor dem Landgericht doch eine Tatsache, eine ausdrückliche Erklärung, wiedergegeben habe, ist abzulehnen; denn die Aussage im ersten Rechtszug

"Der Beklagte sagte jedoch ausdrücklich zu, einen über den Betrag von 183 000 DM etwa zu erzielenden Erlös an den Kläger zu zahlen,"

läßt - angesichts des Umstandes, daß die Zeugin bei ihrer ersten Vernehmung die Unterhaltung hierüber nicht wörtlich angegeben und bei ihrer zweiten Vernehmung erklärt hat, den genauen Wortlaut der Wendungen, mit denen der Beklagte den Mehrerlös zur Verfügung gestellt habe, könne sie nicht mehr sagen, - durchaus die Möglichkeit zu, daß die Zeugin ihre Folgerung aus dem Gehörten wiedergab, die Fassung legt dies sogar nahe.

3. Aus der Aussage der Tochter des Klägers, Frau Pawel, hebt das Berufungsurteil hervor, diese Zeugin, die allerdings das Gespräch nicht vollständig angehört habe, habe zwar ein Versprechen des Beklagten, er werde den Mehrerlös dem Kläger überlassen, wenn dieser den Konkursantrag zurücknehme, und die Bestätigung mit Handschlag bekundet. Auch hierin aber hat das Berufungsgericht eine hinreichende Grundlage für die Feststellung einer bindenden Vereinbarung nicht gefunden, weil der Kläger unstreitig auf Grund der (angeblichen) Zusage des Beklagten nicht bereit gewesen sei, den Konkursantrag zurückzunehmen, weil die Zeugin P. nicht habe sagen können, was der Kläger auf das Angebot des Beklagten geantwortet habe, vielmehr als abschließende Äußerung des Klägers bekundet habe, er wolle den Antrag zurücknehmen, es aber noch mit (nicht "für" - wie die Revision fälsch anführt -) Rechtsanwalt Dr. K. schriftlich niederlegen. Hieraus hat das Berufungsgericht geschlossen, daß

eben das endgültige Wort zwischen den Parteien noch nicht gesprochen worden sei, die letzte Entscheidung noch bei Rechtsanwalt K[REDACTED] habe liegen sollen und den von der Zeugin wiedergegebenen Gesprächswendungen eine bindende Absprache noch nicht zu entnehmen sei.

Die Revision verkennt diese Ausführungen des Berufungsurteils, wenn sie ausführt, aus den Feststellungen des Berufungsurteils ergebe sich eine verbindliche Zusage des Beklagten unter der aufschiebenden Bedingung der Zurücknahme des Konkursantrages, die am 8. Oktober 1962 eingetreten sei. Der Schuldbeitritt, der hier nach der Sachlage allenfalls in Betracht kommen kann, geschieht durch einen Vertrag (§ 305 BGB), in der Regel zwischen dem Beitretenden und dem Gläubiger (BGB RGRK 11. Aufl. vor § 414 Anm. 15), also durch einen Antrag und dessen Annahme (§§ 145, 151 BGB). Das Berufungsgericht hat nicht - wovon die Revision ausgeht - ein Vertragsangebot des Beklagten festgestellt, vielmehr spricht das Berufungsurteil in diesem Zusammenhang von einem "angeblichen Angebot des Beklagten" und anschließend von einem nur "vorbereitenden Gespräch". Selbst wenn aber von einem Antrag des Beklagten ausgegangen werden könnte, vermißt das Berufungsgericht dessen Annahme durch den Kläger, weil die Zeugin hierzu - außer der Erklärung des Klägers, er wolle mit seinem Rechtsanwalt sprechen, - nichts habe bekunden können. Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur

sofort angenommen werden (§ 147 Abs. 1 BGB). Die von der Zeugin Frau P. [REDACTED] bekundete Erklärung des Klägers, er wolle den Konkursantrag zurücknehmen, es nur noch mit Rechtsanwalt K. [REDACTED] schriftlich niederlegen, läßt auch an die Bestimmung in § 154 BGB denken, wonach im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen ist, solange die Parteien sich nicht über alle Punkte geeinigt haben. Es hätte allerdings - wie das Berufungsurteil hervorhebt - nahe gelegen, daß der Kläger auf das behauptete Angebot des Beklagten mit Freude eingegangen wäre; das Berufungsgericht konnte jedoch ohne Rechtsfehler aus dem Umstand, daß es der Aussage der Zeugin Frau P. [REDACTED], außer hinhaltenden Erklärungen, nichts über eine Annahme des Antrages entnehmen konnte, den Schluß ziehen, eine bindende Absprache sei noch nicht erfolgt. Wenn die Revision dem entgegenhalten will, das Berufungsgericht habe in diesem Zusammenhang die schriftliche Erklärung des Rechtsanwalts Dr. K. [REDACTED] vom 14. November 1963, wonach der Kläger diesem die mit dem Beklagten getroffene Vereinbarung am 6. oder 8. Oktober 1962 mitgeteilt habe, vernachlässigt, so ist dem entgegenzuhalten: Das Berufungsgericht, das die einzelnen Beweismittel nacheinander behandelt hat, hat diese eidesstattliche Erklärung nicht übergangen, sondern sie an späterer Stelle des Berufungsurteils gewürdigt; es hat aber geglaubt, hieraus nichts Sicheres für die Behauptung des Klägers schließen zu können. Das ist schon um deswillen nicht zu beanstanden, weil nach dieser Erklärung das Schwergewicht

auf einen Vertrag mit dem Vater des Beklagten gelegt wurde, dessen Einzelheiten der Kläger mit dem Beklagten besprochen habe und nach dessen Abschluß der Konkursantrag zurückgenommen werden solle. Im übrigen bestätigt diese Erklärung zwar eine Mitteilung des Klägers, er habe sich mit dem Beklagten geeinigt, ist aber nicht geeignet, die Bedenken des Berufungsgerichts, ob es schon zu einer rechtlich-bindenden Einigung gekommen sei, auszuschießen.

4. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Formfreiheit des Schuldbeitritts (BGB RGRK 11. Aufl. vor § 414 Anm. 16) verkannt, findet im Berufungsurteil keine Grundlage. Das Berufungsgericht entnimmt allerdings auch daraus, daß der Kläger dem Beklagten eine schriftliche Verpflichtungserklärung nicht abverlangt habe, Bedenken gegen die Annahme eines Vertragsschlusses, begründet dies aber überzeugend damit, daß der Kläger als Kaufmann den Beweiswert einer schriftlichen Abmachung gekannt habe. Damit ist nicht auf das Zustandekommen, sondern zutreffend auf den Beweis einer Vereinbarung abgestellt. Das Berufungsgericht kann darauf hinweisen, daß der Kläger auch am 8. Oktober 1962 mit dem Vater des Beklagten schriftlich abschloß, wie es natürlicherweise geboten war. Ob - wie die Revision weiter anführt - die schriftliche Niederlegung nur wegen der vorgerückten Stunde versäumt und durch Handschlag ersetzt wurde, ist unerheblich, solange die Vereinbarung als solche nicht bewiesen ist.

5. Das Berufungsgericht hat geglaubt, auch der Aussage der Sekretärin des Vaters des Beklagten, Frau Becker, einen Vertragsschluß nicht "mit der erforderlichen Sicherheit" entnehmen zu können. Aus der Aussage dieser Zeugin hält das Berufungsurteil fest, der Vater des Beklagten habe ihr am Morgen des 6. Oktober 1962 von der erfolgreichen Verhandlung des Beklagten mit dem Kläger berichtet und auf die Frage der Zeugin, ob die Zusage schriftlich gegeben sei, erwidert, mit Rücksicht auf die vorgerückte Stunde sei nichts schriftlich abgefaßt worden, man habe die Sache mit Handschlag besiegelt, alles andere müsse noch gemacht werden. Dann aber - so fährt das Berufungsurteil fort - bleibe wiederum die Frage offen, ob bereits verbindlich abgeschlossen war oder ob man, d.h. auch der Kläger, sich erst binden wollte, nachdem Rechtsanwalt Dr. K. von dem Vorhaben unterrichtet war.

Soweit die Revision auch in diesem Zusammenhang rügt, das Berufungsgericht habe die §§ 282, 286 ZPO verkannt, indem es "Sicherheit" des Beweisergebnisses verlangt habe, kann auf die früheren Ausführungen unter II 1 verwiesen werden. Die Revision verkennt auch die Erwägungen des Berufungsgerichts, wenn sie meint, es sei denkgesetzlich unmöglich, der Aussage von Frau Becker "nichts für einen Vertragsschluß am 5. Oktober 1962 zu entnehmen". Denn das Berufungsgericht will damit sagen und führt dies im folgenden auch aus, daß die von der Zeugin bekundeten Vorgänge nicht mit der

erforderlichen Sicherheit den Schluß auf das Zustandekommen einer bereits bindenden Vereinbarung zuließen. Das ist denkgesetzlich nicht zu beanstanden und liegt im Rahmen tatrichterlicher Würdigung des Beweisergebnisses. Wenn die Revision weiter meint, das Berufungsgericht habe die Wiedergabe der Zeugin "Alles andere müsse noch gemacht werden", zu Unrecht dahin verstanden, daß das letzte Wort noch nicht gesprochen worden sei, so setzt sie in unzulässiger Weise ihre eigene Beweismwürdigung an die Stelle der Beweismwürdigung des Berufungsgerichts. Es liegt auch nicht - wie die Revision weiter meint - ein innerer Widerspruch darin, daß das Berufungsgericht einerseits meint, es hätte an sich nahe gelegen, daß der Kläger auf ein Angebot des Beklagten mit Freuden eingegangen wäre, andererseits aber eine bindende und abschließende Erklärung des Klägers vermißt. Das Berufungsgericht konnte in der Beweisaufnahme hinreichenden Anhalt dafür finden, daß der Kläger sich an diesem Abend und auf Grund des Angebots des Beklagten allein noch nicht endgültig habe festlegen wollen und bis zu der vorgesehenen Einigung mit dem Vater des Beklagten alles auf die lange Bank geschoben habe, und hat dies in revisionsrechtlich haltbarer Weise begründet. Wenn die Revision schließlich in diesem Zusammenhang weiter vorträgt, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Vater des Beklagten - nach der Aussage der Zeugin B. [REDACTED] - einige Zeit später zu der Zeugin gesagt habe, was da vereinbart wurde, könne nicht bestehen bleiben, so

läßt die Revision außer Betracht, daß es sich dabei um eine Unterhaltung zweier Personen handelt, die an der Unterredung am 5. Oktober 1962 nicht teilgenommen hatten und allenfalls ihre Auffassung über das Gehörte austauschen konnten, ohne daß diesen Folgerungen jedoch ein unmittelbarer tatsächlicher Beweiswert zukäme. Das Berufungsgericht war nicht gehalten, hierauf ausdrücklich einzugehen (BGHZ 3, 162, 175).

6. Das Berufungsgericht hat dem Schreiben des Rechtsanwalts Dr. S. an Rechtsanwalt Dr. K. vom 8. Oktober 1962 nicht - wie das Landgericht - entscheidenden Beweiswert beigemessen, nachdem Dr. S. als Zeuge bekundet hat, er habe sein Schreiben vom 8. Oktober 1962 allein auf Grund der Angaben des Vaters des Beklagten diktiert, und nachdem der Vater des Beklagten ausgesagt hat, er habe dabei über den Kopf des Beklagten hinweg gehandelt.

Die Revision meint demgegenüber, die Angabe von Einzelheiten, insbesondere der Ausgangsbetrag von 183 000 DM, spreche dafür, daß der Vater des Beklagten von seinem Sohn über das Gespräch der Parteien unterrichtet worden sein müsse; dann aber komme auch dem Schreiben vom 8. Oktober 1962 ein wesentlicher Wert als Indiz für einen Vertragsschluß zu. Dabei verkennt die Revision - worauf die Revisionserwiderng zutreffend hinweist -, daß es dem Berufungsgericht in diesem Zusammenhang nicht so sehr um den In-

halt des Gesprächs am Abend des 5. Oktober 1962, sondern gerade um die Frage geht, ob diese Unterredung bereits zu einer verbindlichen Vereinbarung führte. Daß das Berufungsgericht diese Frage durch das Schreiben vom 8. Oktober 1962 nicht als bewiesen gewertet hat, ist angesichts der Aussagen von Rechtsanwalt Dr. S. [REDACTED] und des Vaters des Beklagten, die das Berufungsurteil in diesem Zusammenhang eingehend würdigt, rechtlich nicht zu beanstanden.

7. Wenn schließlich die Revision eine unzutreffende Würdigung der schriftlichen Aussage des Rechtsanwalts Dr. K. [REDACTED] im Berufungsurteil rügt, so läßt sie unberücksichtigt, daß Dr. K. [REDACTED] über die Unterredung am 5. Oktober 1962 nur durch eine Mitteilung seines Mandanten, des Klägers, unterrichtet war, daß aber das Berufungsgericht aus der zusammenfassenden Würdigung aller Beweismittel nicht die Überzeugung hat gewinnen können, die Unterredung am 5. Oktober 1962 sei mehr als ein vorbereitendes Gespräch gewesen.

Eine Verletzung der Grundsätze der Beweiswürdigung durch das Berufungsgericht ist hiernach nicht ersichtlich.

III.

Ebenfalls ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe den § 448 ZPO durch Nichtanwen-

dung verletzt. Ob das Gericht von dem in § 448 ZPO eingeräumten Recht, eine Partei ohne Rücksicht auf die Beweislast oder einen Parteiantrag zu vernehmen, Gebrauch machen will, steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Allerdings hat das Gericht, bevor es eine Partei für beweisfällig erklärt, zu prüfen, ob nicht die Voraussetzungen einer Amtsvernehmung vorliegen (RGZ 144, 321; Baumbach-Lauterbach ZPO 28. Aufl. zu § 448 Anm. 2). Die Revision kann jedoch nur rügen, daß das Gericht die ihm eingeräumten Grenzen des Ermessens überschritten hat oder dieses Ermessen dort, wo eine Vernehmung nach § 448 ZPO in Betracht kam, überhaupt nicht hat walten lassen. Die letzte Rüge ist nicht schon deswegen begründet, weil das Gericht in den Entscheidungsgründen sich nicht besonders mit dieser Vorschrift befaßt hat. Es ist - wie schon die Entscheidung in LM zu ZPO § 448 Nr. 2 ausgeführt hat - regelmäßig davon auszugehen, daß dem Gericht die Bestimmung in § 448 ZPO bekannt ist. Solange nicht besondere Gründe dagegen dargetan sind, muß auch angenommen werden, daß das Gericht in allen in Betracht kommenden Fällen prüft, ob es nach dieser Bestimmung verfahren soll (vgl. auch OGHZ 1, 226, 228).

Die Ansicht der Revision, das Berufungsgericht habe jedenfalls hier ausdrücklich erörtern müssen, weshalb es eine oder beide Parteien nicht vernehmen wolle, weil sämtliche Zeugen - außer dem Vater des Beklagten - die Beweisfrage grundsätzlich bestätigt hätten, beruht auf einer unzutreffenden Grundlage. Denn das Berufungsgericht hat in keiner der Zeugenaussagen,

die es jede für sich eingehend gewürdigt hat, Hinreichendes für eine verbindliche Vereinbarung, aus der der Klageanspruch hergeleitet werden könnte, gefunden, und die Beweisaufnahme zusammenfassend dahin gewürdigt, daß mehr als unverbindliche Vorverhandlungen nicht dargetan seien. Unter diesen Umständen bedurfte es nicht einer ausdrücklichen Begründung, weshalb das Berufungsgericht die Vernehmung einer oder beider Parteien nicht für erforderlich hielt.

Hiernach erweist die Revision sich, ohne daß es eines Eingehens auf die Frage des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bedürfte, als unbegründet und ist zurückzuweisen. Die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels treffen gemäß § 97 ZPO den Kläger.

Dr. Pagendarm

Dr. Beyer

Dr. Hußla

Gähtgens

Keßler