

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 122/72

URTEIL

Verkündet am

11. März 1974

W e r n e r ,
Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

Carl W [REDACTED] , Privatier, S [REDACTED] , H [REDACTED] -
straße [REDACTED] ,

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Bank für G [REDACTED] AG, F [REDACTED] , vertreten durch
Walter H [REDACTED] , Gerhard N [REDACTED] , Dr. Alfred B [REDACTED] ,
Hans D [REDACTED] , Dr. Hans Ludwig H [REDACTED] und Rolf W [REDACTED] ,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. März 1974 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Liesecke, Dr. Bauer, Dr. Tidow und Bundschuh

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 9. Zivilsenat in Freiburg - vom 13. Juli 1972 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Herausgabe eines Grundschuldbriefes.

Im Februar 1968 gewährten die Eheleute K. dem Kläger für den Bau eines Hochhauses in Singen ein Darlehen von 100.000 DM. Zu diesem Zweck hatten sie bei der Beklagten, bei der der Kläger ein Kontokorrentkonto unterhielt, einen Kredit in dieser Höhe aufgenommen und dieser zur Sicherheit auf ihrem in Allensbach gelegenen Grundstück eine Briefgrundschuld bestellt.

Am 2. Mai 1968 verkaufte der Kläger das Singener Grundstück mit dem noch nicht fertiggestellten Hochhaus an die Eheleute B. Er sollte den von ihnen bei der Beklagten eingezahlten Restkaufpreis von 307.000 DM nach der Vollendung

- 3 -

des Gebäudes erhalten. Am 7. Mai 1968 trat er seine Restkaufpreisforderung an die Beklagte ab. Aufgrund verschiedener Streitigkeiten mit dem Kläger gaben die Eheleute B. den Restkaufpreis nicht frei. Es kam deshalb am 11. November 1969 zu Verhandlungen zwischen ihnen, dem Kläger, der durch ihren Filialleiter und Prokuristen Dr. W. vertretenen Beklagten, Frau K. und ihren Beratern. In dem am 11. Dezember 1969 notariell beurkundeten Vergleich gaben die Eheleute B. 210.000 DM frei, von denen nach Erledigung einiger Vorbehalte 196.400 DM übrig blieben. Die Beklagte verrechnete hiermit ihre ungesicherten Forderungen gegen den Kläger und überwies den Rest an die Eheleute K., einschließlich von Erlösen aus vom Kläger gestellten Sicherheiten insgesamt 79.600 DM. Am 5. Juli 1971 verkauften die Eheleute das mit der Grundschuld belastete Grundstück an die Eheleute U., die sich verpflichteten, die Grundschuld mit dem Restkaufpreis abzulösen und dann löschen zu lassen.

Der Kläger hat vorgetragen, die Eheleute K. hätten ihr Grundstück möglichst schnell verwerten müssen und dazu den Grundschuldbrief benötigt. Er habe sich darum mit den Eheleuten B. nur verglichen, weil Dr. W. ihm am 11. November 1969 zugesichert habe, mit dem freigegebenen Betrag könne zunächst der von den Eheleuten K. aufgenommene Kredit zurückgeführt und dann der Grundschuldbrief an sie herausgegeben werden. Der Kläger hat - soweit im Revisionsrechtszug noch bedeutsam - beantragt, die Beklagte zu verurteilen, den Grundschuldbrief an die Eheleute K. herauszugeben.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger den Antrag auf Herausgabe des Grundschuldbriefes weiter.



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Kläger nicht bewiesen habe, daß die Beklagte ihm am 11. November 1969 die Ablösung des Kredits und die Rückgabe des Grundschuldbriefs an die Eheleute K. [REDACTED] zugesagt habe. Die dagegen erhobenen verfahrensrechtlichen Rügen der Revision greifen nicht durch.

1. Das Berufungsgericht hat nicht übersehen, wie die Revision meint, daß der Kläger behauptet hatte, die Beklagte habe ihm am 11. November 1969 vor Abschluß des Vergleichs die Herausgabe des Grundschuldbriefes zugesagt. Es hat vielmehr die Beweisaufnahme unter diesem Gesichtspunkt gewürdigt. Dabei hat es ohne Verstoß gegen § 286 ZPO auch die nach dem genannten Tag von den Teilnehmern an der Besprechung abgegebenen Äußerungen berücksichtigt, weil sie Anzeichen dafür sein konnten, was an diesem Tage gesagt oder versprochen worden war. Demgegenüber war es, anders als die Revision meint, unwesentlich, ob der zwischen dem Kläger und den Eheleuten B. [REDACTED] abgeschlossene Vergleich schon an diesem Tage zustande gekommen und am 11. Dezember 1969 nur noch zu Beweiszwecken protokolliert oder ob er erst an jenem Tag abgeschlossen worden ist.

2. Das Berufungsgericht hat zwar ausgeführt, am 11. November 1969 sei von der Rückgabe des Grundschuldbriefs "überhaupt keine Rede" gewesen. Dies geschah aber nicht, wie die Revision meint, weil es die einer solchen Feststellung entgegenstehenden Angaben des Zeugen Dr. L. [REDACTED] übersehen hat. Es hat vielmehr einheitlich geprüft, ob es die

Erteilung der vom Kläger behaupteten sachlich zusammenhängenden beiden Zusagen (vorrangige Ablösung des von der Grundschuld gesicherten Kredits der Eheleute K. mit den von den Eheleuten B. freizugebenden Mitteln und die Herausgabe des Grundschuldbriefes) feststellen könne. Aus den von ihm dargelegten und nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme vertretbaren Gründen ist es zu der Auffassung gelangt, es könne den Angaben Dr. L. nicht folgen. Damit hielt es sich im Rahmen der ihm zustehenden Beweiswürdigung. Sie muß im Revisionsverfahren hingenommen werden.

3. Auch die Bedenken der Revision gegen die verschiedenartige Protokollierung der Aussagen der Zeugen Frau K., Dr. L. und Dr. W. sind unbegründet. Sie haben nicht zu Unklarheiten darüber geführt, welche Teile der Aussagen beeidet worden sind und welche nicht. Das ergeben die zutreffenden Verweisungen im Tatbestand. Danach haben die Zeugen die Richtigkeit ihrer nach § 160 Abs. 1 Nr. 3 ZPO festgehaltenen Aussagen geschworen, nicht aber die nach § 161 ZPO entweder in den Tatbestand aufgenommenen (bei Frau K.) oder in einem Vermerk des Berichterstatters als Protokollanlage enthaltenen weiteren Angaben (bei Dr. L. und Dr. W.). Die Revision sieht ein solches "Mischverfahren" zu Unrecht als unzulässig an.

Die Zivilprozeßordnung schreibt nicht vor, daß ein Zeuge stets die Richtigkeit seiner ganzen Aussage beschwören muß. Nach § 391 ZPO ist ein Zeuge, vorbehaltlich der sich aus § 393 ZPO ergebenden Ausnahmen und, soweit die Parteien nicht darauf verzichten, zu beeidigen, wenn das Gericht dies mit Rücksicht auf die Bedeutung seiner Aussage oder zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage für

geboten erachtet. Das Gesetz räumt dem Gericht insoweit ein pflichtgemäß auszuübendes Ermessen ein (BGHZ 43, 368, 370). Darum ist ein Gericht auch befugt, nur die Richtigkeit des Teils einer Aussage beschwören zu lassen, auf den es nach seiner Auffassung für die Entscheidung des Rechtsstreits ankommt. Darin liegt entgegen der Ansicht der Revision keine unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung, sondern die Beurteilung, welche der von den Parteien behaupteten und von den Zeugen bekundeten Tatsachen rechtlich erheblich sind.

Frau K. hat allerdings ihre Aussage (GA II Bl. 360) beeidet, ohne daß sie nach dem Inhalt der Sitzungsniederschrift ihre uneidliche Aussage genehmigt hatte. Der darin liegende Verstoß gegen § 162 ZPO ist aber nach § 295 ZPO geheilt worden, weil dieser Mangel nicht in der sich nach § 370 ZPO der Beweisaufnahme anschließenden Verhandlung gerügt worden ist (BGHZ 28, 310, 311).

4. Soweit sich die Revision im übrigen darauf beschränkt, das Ergebnis der Beweisaufnahme anders zu würdigen als das Berufungsgericht, setzt sie nur ihre eigene nicht zwingende Auffassung an die Stelle der des Berufungsgerichts, ohne einen Rechtsfehler in dessen Überlegungen aufzuzeigen. Die damit zusammenhängenden Hinweise der Revision auf Vorgänge bei dem Verkauf des Grundstücks des Klägers an die Eheleute B. im Jahre 1968 können nach § 561 ZPO im Revisionsverfahren schon deshalb nicht berücksichtigt werden, weil diese Tatsachen weder aus dem Tatbestand des Berufungsurteils noch dem Sitzungsprotokoll ersichtlich sind.

5. Da das Berufungsgericht danach einen allein als
Anspruchsgrundlage in Betracht kommenden Vertrag über die
Herausgabe des Grundsschuldbriefs ohne Rechtsfehler verneint^t
hat, war die Revision zurückzuweisen.

Stimpel

Liesecke

Dr. Bauer

Dr. Tidow

Bundschuh