

Verkündet
am 3. Februar 1955
Jodas, Justizangest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s
In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hans K ö [REDACTED], handelnd als Testaments-
vollstrecker nach dem am 19.3.1949 verstorbenen Kaufmann
Wilhelm K ö [REDACTED], H [REDACTED], B [REDACTED] C [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Heinrich K [REDACTED], H [REDACTED]-Gr.F [REDACTED],
P [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 3. Februar 1955 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Selowsky
Dr. Haidinger, Dr. Fischer und Dr. Kuhn

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil
des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandes-
gerichts in Hamburg vom 10. Juni 1953 wird auf
Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist der Schwiegersohn des am 19. März 1949 verstorbenen Kaufmanns Wilhelm Kö■■■■. Beide betrieben in Form einer offenen Handelsgesellschaft einen Import- und Großhandel von Südfrüchten, Obst, Gemüse usw. Nach dem Gesellschaftsvertrag vom 24. Februar 1932 sollte beim Tode eines Gesellschafters die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern mit den Erben des Verstorbenen fortgesetzt werden.

Als nach dem Tode des Wilhelm Kö■■■■ sich seine Erben auf diese Bestimmung des Gesellschaftsvertrages beriefen, hat der Beklagte demgegenüber geltend gemacht, er habe unter dem 16. Oktober 1942 einen neuen Gesellschaftsvertrag mit Wilhelm Kö■■■■ abgeschlossen. In diesem Vertrag sei für den Fall des Todes eines Gesellschafters bestimmt worden, daß die Gesellschaft mit der Ehefrau des Verstorbenen als Kommanditistin fortgesetzt und daß das Geschäft nach dem Tode der Ehefrau des verstorbenen Gesellschafters von dem überlebenden Gesellschafter allein fortgeführt werde. Dieser Gesellschaftsvertrag sei ebenso wie der Gesellschaftsvertrag aus dem Jahre 1932 bei einem Bombenschaden der Firma im Jahre 1943 vernichtet worden, so daß er ihn im Original nicht mehr vorlegen könne. Nur noch ein Vertragsentwurf mit dem gleichen Text des Originals sei noch in seiner Hand. Aus dem Vertrag vom 16. Oktober 1942 hat der Beklagte das Recht der alleinigen Fortführung des Geschäfts für sich abgeleitet, da die Ehefrau des Wilhelm Kö■■■■ bereits vor diesem verstorben war.

Auf Grund dieses Sachverhalts hat der Kläger in seiner Eigenschaft als Testamentvollstrecker nach dem verstorbenen Wilhelm Kö■■■■ die Feststellung begehrt, daß der Entwurf eines Gesellschaftsvertrages vom 16. Oktober 1942 nicht wirksam geworden ist, sondern daß zwischen den Parteien

der Gesellschaftsvertrag vom 24. Februar 1932 gilt. Die Vorinstanzen haben diesem Klagebegehren entsprochen. Auf die Revision des Beklagten hat der erkennende Senat das Berufungsurteil aufgehoben, weil die Aktivlegitimation des Klägers einer weiteren tatsächlichen Aufklärung in der Richtung bedürfe, ob Wilhelm Kö■■■■ bei Abfassung seines Testaments kurz vor seinem Tode noch testierfähig gewesen sei, und weil sodann einem weiteren Beweisanerbieten des Beklagten über den Abschluß eines wirksamen Gesellschaftsvertrages am 16. Oktober 1942 noch entsprochen werden könne. Das Berufungsgericht hat daraufhin nach erneuter Beweisaufnahme die Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, während der Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht gelangt an Hand tatsächlicher Feststellungen, insbesondere auf Grund der Aussagen der beiden Ärzte, die den verstorbenen Wilhelm Kö■■■■ vor seinem Tod behandelt haben, zu dem Ergebnis, daß der Verstorbene bei der Abfassung seines Testaments am 16. März 1949 noch testierfähig gewesen und daß demgemäß der Kläger wirksam zum Testamentvollstrecker bestellt worden sei. Diese Darlegungen, die die Revision nicht berühren und die auch die Revisionsbeantwortung nicht angreift, lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen. Von ihnen ist daher für die Revisionsinstanz auszugehen.

In seinen weiteren Ausführungen legt das Berufungsgericht dar, daß der Beklagte den Beweis für den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages vom 16. Oktober 1942 mit dem von ihm behaupteten Inhalt geführt habe. Das Berufungsgericht würdigt



dabei zunächst die Aussage des Steuerberaters Möllenberg, der seinerzeit beim Abschluß dieses Gesellschaftsvertrages zugegen gewesen sei und der den Abschluß des Vertrages bestätigt habe; bei dieser Würdigung berücksichtigt das Berufungsgericht auch gewisse Widersprüche gegenüber früheren Erklärungen dieses Zeugen, mißt ihnen aber entgegen der Auffassung in dem ersten Berufungsurteil keine entscheidende Bedeutung bei. Sodann setzt sich das Berufungsgericht mit der Aussage der Ehefrau des Beklagten auseinander, die ebenfalls die Darstellung des Beklagten bestätigt hat; bei dieser Würdigung geht das Berufungsgericht auch auf das nahe Verhältnis dieser Zeugin zum Beklagten sowie auf den Umstand ein, daß sich der Beklagte erst während des zweiten Verfahrens vor dem Berufungsgericht auf die Aussage seiner Ehefrau berufen hätte. In seinen weiteren Darlegungen würdigt das Berufungsgericht ferner die Aussage des Rechtsanwalts Dr. Stumme, der sich als Prozeßbevollmächtigter des Beklagten während des ersten Revisionsverfahrens mit dem inzwischen verstorbenen, vom Beklagten als Zeugen benannten Steueramtmann Ki [REDACTED] in Verbindung gesetzt hatte, um sich über die etwaige Notwendigkeit eines Beweissicherungsverfahrens Gewissheit zu verschaffen, und dem - nach der Aussage des Zeugen Dr. St [REDACTED] - Ki [REDACTED] damals bestätigt habe, im Jahre 1942 oder 1943 den Gesellschaftsvertrag vom 16. Oktober 1942 unterschrieben gesehen zu haben. Schließlich hebt das Berufungsgericht noch hervor, daß unter Berücksichtigung der damals für die Gesellschafter maßgeblichen Verhältnisse die Neuregelung der Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag sachgemäß erscheine und offenbar den Interessen der beiden Gesellschafter entsprochen habe, und daß es nach den vorliegenden Umständen auch nicht befremdlich erscheine, daß sich der Beklagte nach der Vernichtung des Originalvertrages nicht alsbald um eine Neuausfertigung der Abmachung bemüht habe. Gegen den Abschluß des Gesell-

schaftsvertrages vom 16. Oktober 1942 spreche lediglich der Inhalt des Testaments des Erblassers vom 16. März 1949, weil dort der Erblasser seine Söhne als "Erben seiner Firma" eingesetzt hat. Jedoch könne der Inhalt dieses Testaments keine eindeutige, ausschlaggebende Entscheidungsgrundlage gegen den Beklagten abgeben, vielmehr sprächen die zunächst angegebenen Umstände so sehr für den Beklagten, daß sie seine Behauptungen als sehr wahrscheinlich erscheinen ließen und gemäß § 448 ZPO die persönliche Vernehmung des Beklagten sowie gemäß § 452 ZPO seine Beerdigung rechtfertigten. Demgemäß hat das Berufungsgericht den Beklagten persönlich vernommen und ihn auf seine Aussage beeidigt und sodann auf Grund seiner Aussage festgestellt, daß er mit dem Erblasser den Gesellschaftsvertrag vom 16. Oktober 1942 mit dem von ihm behaupteten Inhalt abgeschlossen hat.

Diese Ausführungen greift die Revision mit einer Reihe prozessualer Rügen an. Zunächst wendet sich die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht den Beklagten überhaupt vernommen und sodann auch beeidigt habe. Mit der Beeidigung des Beklagten sei der Kläger überrascht worden, zumal das zunächst ergangene Berufungsurteil nur zum Zweck näherer Feststellungen über die Aktivlegitimation des Klägers und einer eventuellen Vernehmung des inzwischen verstorbenen Amtmann Ki [REDACTED] aufgehoben worden sei. Ohne diese Überraschung hätte der Kläger noch Gegenbeweise gegen die Behauptungen des Beklagten anführen, insbesondere an Hand eines Sachverständigengutachtens dartun können, daß der vom Beklagten vorgelegte Vertragsentwurf überhaupt nicht aus dem Jahre 1942 gestammt habe, sondern von diesem erst später zu Prozeßzwecken angefertigt worden sei. Diese Rüge ist unbegründet. Nach Aufhebung des zunächst ergangenen Berufungsurteils war das Berufungsgericht nicht gehalten, sich auf die Erhebung der im Revisionsurteil des erkennenden Senats ausdrücklich bezeichneten Beweise zu beschränken; es war daher

auch in der Lage, nach Erhebung weiterer Beweise zu einer Vernehmung des Beklagten nach § 448 ZPO und zu seiner Beeidigung nach § 452 ZPO zu schreiten. Auch eine Überraschung des Klägers kann in diesem Vorgehen nicht erblickt werden. Der Schriftsatzwechsel der Parteien während des zweiten Berufungsverfahrens beschäftigt sich eingehend mit dem Für und Wider einer persönlichen Vernehmung des Beklagten und seiner Beeidigung. Wenn es der Kläger bei dieser Sachlage unterlassen hat, auf die erst jetzt von der Revision erörterte Möglichkeit des Klägers, Gegenbeweise gegen die Behauptungen des Beklagten anführen zu können, überhaupt hinzuweisen und in irgendeiner Weise auch nur anzudeuten, daß er den vom Beklagten vorgelegten Vertragsentwurf aus dem Jahre 1942 als eine nachträgliche Fälschung betrachte, so konnte das Berufungsgericht von sich aus eine solche Beurteilung mangels jeden Anhaltspunktes nicht in Betracht ziehen. Es bestand für das Berufungsgericht daher auch kein Anlaß, dem Kläger gemäß § 139 ZPO vor der Beeidigung des Beklagten noch einmal ausdrücklich Gelegenheit zur Aufstellung von Gegenbehauptungen zu geben.

Ferner bemängelt die Revision unter Hinweis auf RGZ 144, 321, daß das Berufungsgericht nicht vor der Vernehmung des Beklagten geprüft habe, ob nicht an Stelle einer Vernehmung des Beklagten eine solche des Klägers hätte in Betracht gezogen werden müssen. Für eine solche besondere Prüfung bestand bei den gegebenen Verhältnissen des vorliegenden Falls kein Anlaß. Denn der Kläger konnte über die Vorgänge, die nach den Behauptungen des Beklagten im Jahre 1942 zum Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages geführt haben, selbst überhaupt nichts bekunden, weil er bei diesen Verhandlungen gar nicht zugegen war. Es konnte also eine Vernehmung des Klägers über diese Behauptungen des Beklagten gar nicht in Frage kommen, so daß das Berufungsgericht schon aus diesem Grunde hier nicht gehalten war, die

etwaige Möglichkeit einer Vernehmung des Klägers noch besonders zu prüfen. Wenn die Revision demgegenüber jetzt vorträgt, der Kläger hätte aber im Hinblick auf die engen Beziehungen zu seinem Vater aussagen können, daß dieser niemals von einem derartigen Vertrag gesprochen habe, so daß es nach Lage der Dinge unwahrscheinlich sei, daß der Vater in eine so weitgehende Änderung des Vertrages eingewilligt habe, ohne sich mit dem Kläger zu besprechen, so handelt es sich hierbei einmal um einen neuen Vertrag, zum anderen um eine Erwägung, die keineswegs zwingend die Notwendigkeit für eine Prüfung dahin ergibt, ob an Stelle des Beklagten der Kläger hätte als Partei vernommen werden sollen.

Schließlich hält die Revision die Vernehmung des Beklagten auch deshalb für unstatthaft, weil er die für eine Parteivernehmung (§ 448 ZPO) und -beeidigung (§ 452 ZPO) notwendige Glaubwürdigkeit nicht besitze. Auch diese Rüge ist unbegründet. Zwar ist bei der Vernehmung einer Partei von Amts wegen vorher zu prüfen, ob diese die notwendige Vertrauenswürdigkeit besitzt, um die Vernehmung nach § 448 ZPO zu rechtfertigen. Eine solche Prüfung ist eine rechtliche Voraussetzung für die Anwendung des § 448 ZPO und es kann auch in der Revisionsinstanz noch gerügt werden, daß diese notwendige Voraussetzung für die Vernehmung einer Partei von Amts wegen durch das Berufungsgericht nicht beachtet worden sei. Das Berufungsgericht ist sich jedoch dieser rechtlichen Voraussetzung für die Anwendung des § 448 ZPO bewußt gewesen. Es hat gerade auch unter dem Gesichtspunkt der notwendigen Vertrauenswürdigkeit die Frage geprüft, ob die Vernehmung des Beklagten gerechtfertigt sei. Es ist dabei in eingehenden Ausführungen zu dem Ergebnis gelangt, daß die im Prozeß hervorgetretenen einzelnen Umstände nicht dazu führen könnten, die notwendige Vertrauenswürdigkeit des Beklagten zu verneinen. Wenn

demgegenüber die Revision ihrerseits glaubt, insoweit die gegenteilige Auffassung vertreten zu müssen, so begibt sie sich damit auf das ihr verschlossene Gebiet der tatrichterlichen Würdigung. Die Revision kann nicht dartun, daß die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung unmöglich sei oder mit den Denkgesetzen in Widerspruch stehe. Es handelt sich bei dieser Rüge also nicht darum, daß das Berufungsgericht eine notwendige rechtliche Voraussetzung für die Anwendung des § 448 ZPO übersehen, sondern darum, daß es das Vorliegen dieser Voraussetzung aus tatsächlichen, rechtlich haltbaren Erwägungen bejaht hat. Darin kann aber ein prozeßrechtlicher Verstoß bei der Anwendung des § 448 ZPO nicht erblickt werden.

Des weiteren bemängelt die Revision, daß die Zeugin K. nicht auf Grund eines förmlichen Beweisbeschlusses vernommen worden ist. Auch diese Rüge ist unbegründet. Diese Zeugin war auf Grund einer prozeßleitenden Verfügung gemäß § 272 b ZPO zum Termin am 13. Mai 1953 geladen worden. In diesem Fall bedarf es für die Zeugenvernehmung nicht eines förmlichen Beweisbeschlusses nach §§ 358/59 ZPO (Stein-Jonas-Schönke § 358 Bem I; Baumbach-Lauterbach § 358 Bem 1), wobei es hier offenbleiben kann, ob dies sonst bei einer sofortigen Beweiserhebung nach § 357 a ZPO überhaupt erforderlich ist (bejahend Stein-Jonas-Schönke aaO; verneinend Baumbach-Lauterbach aaO).

Die Revision des Klägers erweist sich damit als unbegründet, so daß sie mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen ist.

Canter Dr. Selowsky Dr.Haidinger Dr.Fischer Dr.Kuhr