

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: ja

ZPO § 363

Ist eine Partei von einem Termin zur Vernehmung eines Zeugen im Ausland nicht benachrichtigt worden, so steht es im Ermessen des Prozeßgerichts, ob die Beweisverhandlung hierüber zu benutzen ist.

ZPO § 445

Auch wenn andere Beweismittel nicht vorhanden sind oder keinen Beweis für eine Behauptung erbracht haben, kann die beweispflichtige Partei beantragen, den Gegner über die von ihr zu beweisende Tatsache zu vernehmen.

BGH, Urt. v. 6. Juli 1960 - IV ZR 322/59 -

OLG München
LG München I

IV ZR 322/59

Verkündet
am 6. Juli 1960

Schorm, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der M S in M -O , S -
weg ,

Klägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. in K

g e g e n

W: S in M , B straße ,
Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. in K

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 1. Juli 1960 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Ascher und der Bundesrichter Johannsen, Dr. v. Werner, Dr. Loewenheim und Dr. Graf

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 12. Mai 1959 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin, die mit dem Beklagten bis zum Jahre 1953 verheiratet war und mit ihm im gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung gelebt hat, verlangt von ihm die Überlassung eines Grundstücks im ganzen, hilfsweise zu einem vom Gericht festzusetzenden Bruchteil, hilfsweise die Zahlung eines Geldbetrages, der ihren für das Anwesen aufgewendeten Mitteln entspricht. Sie hat behauptet, daß der Beklagte, obwohl das Grundstück auf seinen Namen im Grundbuch eingetragen sei, es mit Mitteln ihres eingebrachten Gutes für sie erworben, zumindest solche Mittel für das Grundstück verwendet habe.

Das Landgericht wie das Oberlandesgericht haben die Behauptung der Klägerin als nicht erwiesen angesehen und ihre Klage abgewiesen. Mit der Revision beantragt die Klägerin, das Berufungsurteil aufzuheben und den Rechtsstreit an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision greift die auf einer Beweiswürdigung des Berufungsgerichts beruhenden Feststellungen aus verfahrensrechtlichen Gründen gemäß § 561 Abs. 1 letzter Halbsatz ZPO an.

Ihre Angriffe sind zumindest in doppelter Hinsicht begründet.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Zunächst liegt ein Verstoß gegen die §§ 398, 357 ZPO vor, weil die Klägerin von dem Termin, der in Frankreich durch die dort zuständige Behörde zur Vernehmung der von ihr für ihre Klagebehauptung benannten Zeugin I anberaumt worden war, nicht benachrichtigt worden ist und die Vorinstanzen eine nochmalige Vernehmung dieser Zeugin abgelehnt haben. In dem Ersuchungsschreiben des Landgerichts ist irrtümlich angegeben, daß die Klägerin auf die Benachrichtigung vom Zeugenvernehmungstermin verzichte (Bl. 103R GA), obwohl die Klägerin ausdrücklich vorher erklärt hatte, sie verzichte nicht auf die Verständigung von diesem Termin (Bl. 96 GA).

Das bei einer Beweisaufnahme im Ausland zu beachtende Verfahren richtet sich grundsätzlich nach den dort geltenden Vorschriften. Wenn diese nicht beachtet werden, dann genügt die Beachtung der deutschen Vorschriften entsprechend der Bestimmung des § 369 ZPO. Die in dem vorliegenden Verfahren erfolgte Beweisaufnahme war mangelhaft (vgl. Art. 261 Code de Procédure und § 357 ZPO), weil die Terminsbestimmung der Klägerin nicht mitgeteilt worden ist. Zwar steht es im freien Ermessen des Prozeßgerichts, ob es eine derartige im Ausland erfolgte Beweisaufnahme seiner Entscheidung zugrunde legen will oder nicht. Dies läßt sich der Bestimmung des § 364 ZPO entnehmen. Nach dieser Bestimmung kann das Gericht bei einer Beweisaufnahme im Ausland deren Betreibung dem Beweisführer überlassen. Dieser hat dann den Gegner, wenn möglich, rechtzeitig über Ort und Zeit der Beweisaufnahme zu unterrichten und, wenn dies nicht geschieht, so hat das Gericht zu ermessen, ob und inwieweit der Beweisführer

zur Verwertung der Beweisverhandlung berechtigt ist. Allerdings ist im vorliegenden Falle keine der Parteien mit der Betreibung der Erledigung der vom Prozeßgericht angeordneten Beweisaufnahme beauftragt worden. Wenn aber in einem solchen Falle schon das Gesetz eine Benutzung der Beweisverhandlung auch ohne eine mögliche Benachrichtigung vorsieht, so muß dies umsomehr für eine Beweisaufnahme gelten, die ohne Zwischenschaltung des Beweisführers unmittelbar auf Ersuchen des Prozeßgerichts stattfindet (so auch RGZ 2, 371 ff und Stein/Jonas/Schönke Anm. V zu § 363 ZPO und die hierzu angeführte Rechtsprechung).

Daß das Unterbleiben einer Ladung der Benutzung einer im Beweissicherungsverfahren erfolgten Beweisverhandlung nicht entgegen zu stehen braucht, zeigt auch die Bestimmung des § 493 Abs. 2 ZPO, derzufolge die Verhandlung benutzt werden kann, wenn die Ladung, wie dies hier der Fall ist, ohne Verschulden des Beweisführers unterblieben ist.

Das Berufungsgericht hat aber nicht von dem ihm hiernach zustehenden Ermessen Gebrauch gemacht. Hierzu wäre erforderlich gewesen, daß es die Klägerin befragt hätte, welche Fragen oder Vorhaltungen sie, falls ihr durch eine Benachrichtigung von dem Beweistermin eine Anwesenheit bei diesem ermöglicht worden wäre, an die Zeugin gerichtet haben würde. Denn nur auf Grund der dann von der Klägerin erteilten Antwort wäre eine sachgemäße Ausübung des Ermessens möglich gewesen.

Die Klägerin hat auch ordnungsmäßig die infolge eines Versehens unterbliebene Benachrichtigung von dem Be-

weist ermin sowohl im ersten, wie im zweiten Rechtszug gerügt. Der Auffassung des Beklagten, daß dies im Berufungsrechtszuge nicht geschehen sei, kann nicht gefolgt werden. Denn in der Berufungsbegründung hat sie diese Rüge damit wiederholt, daß sie am Ende der dortigen Ausführungen zu II 2) ausdrücklich erklärt hat: "Nach Auffassung der Klägerin dürfen ihr Beweismittel nicht in der Weise abgeschnitten werden, wie es in der Vorinstanz geschehen ist."

Ein Beweis dafür, daß die Zeugin auf Grund von Fragen oder Vorhaltungen der Klägerin anders ausgesagt hätte, ist nicht erforderlich. Es genügt der Nachweis, daß die Zeugenvernehmung gesetzwidrig vor sich gegangen ist (vgl. RGZ 136, 299 ff).

2. Das Berufungsurteil beruht aber auch auf einer Verletzung des § 445 ZPO. Die Klägerin hat im Berufungsrechtszug erklärt, daß sie den von ihr in der Vorinstanz gestellten Antrag auf Parteivernehmung wiederhole. Das Berufungsgericht hat eine Vernehmung des Beklagten abgelehnt, weil die Klägerin keine Umstände dargetan habe, die ihre in das Wissen des Beklagten gestellte Behauptung als wahrscheinlich erscheinen ließen, auch keine Angabe darüber gemacht habe, um welche Aktien, die von ihr in die Ehe eingebracht worden seien, es sich gehandelt habe, wann und durch wen sie verkauft wurden, welcher Erlös hieraus erzielt und wie er gutgeschrieben wurde, und weil auch weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht worden sei, daß das streitige Grundstück ganz oder teilweise mit Mitteln des eingebrachten Gutes erworben worden sei.

Der Revision ist zuzustimmen, daß es rechtlich fehlerhaft ist, wenn das Berufungsgericht eine Beweisaufnahme durch Parteivernehmung des Beklagten gemäß § 445 ZPO abgelehnt hat, weil die Klägerin ihre Behauptungen nicht glaubhaft gemacht habe. Die Vernehmung des Gegners auf Antrag der beweispflichtigen Partei ist in jeder Hinsicht ein reines Beweismittel und verlangt ebensowenig wie die Vernehmung eines Zeugen Glaubhaftmachung oder Wahrscheinlichkeit der in das Wissen des zu Vernehmenden gestellten Behauptungen (so auch Stein/Jonas/Schönke Anm. VI 3 zu § 445 ZPO). Auch in einem Fall, in dem mit anderen Beweismitteln kein Beweis erbracht ist, kann ebenso wie in den Fällen, in denen andere Beweismittel nicht vorgebracht sind, eine Vernehmung der anderen Partei beantragt werden. Die Tatsachen, über die der Gegner vernommen werden soll, müssen allerdings bestimmt bezeichnet werden, sie müssen den von der antragstellenden Partei erhobenen Anspruch oder ihre Einwendungen auch rechtfertigen, und die Parteivernehmung darf nicht lediglich einer Ausforschung dienen.

Überprüft man in dieser Hinsicht das Vorbringen der Klägerin, so hat sie im ersten Rechtszug eine Parteivernehmung einmal darüber beantragt, daß sie Aktien in die Ehe eingebracht habe, die sie der Art und Höhe nach nicht zu beziffern in der Lage sei, und sodann, daß der Beklagte ihr auf ihre Frage, weshalb er das Anwesen auf seinen Namen erworben habe, geantwortet habe, er vertue ihr nichts, das Haus gehöre natürlich ihr, er habe es auf seinen Namen nur deshalb eintragen lassen, daß er als Architekt ein Renommeo habe und wieder Arbeit finde.

Es kann dahinstehen, ob der erstgenannte Beweisantritt den Erfordernissen des § 445 ZPO genügt und ob das Berufungsgericht im Falle der Verneinung von der ihm nach § 139 ZPO obliegenden Pflicht hätte Gebrauch machen müssen. Denn jedenfalls war dies der letztgenannte Beweisantritt, der zumindest auch Rückschlüsse hinsichtlich der Behauptungen der Klägerin über die Art des Erwerbs des streitigen Grundstücks im Falle seiner Erhebung zulassen konnte.

3. Schon aus den vorstehend zu 1. und 2. aufgeführten Gründen ist das Berufungsurteil aufzuheben, ohne daß es einer Entscheidung darüber bedarf, ob auch noch weitere Rügen der Revision, insbesondere über die Nichteinholung einer Auskunft des Finanzamts, berechtigt sind. Gemäß § 565 Abs. 1 ZPO muß die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Ascher

Bundesrichter Johannsen
ist beurlaubt und verhin-
dert zu unterschreiben
Ascher

v. Werner

Dr. Loewenheim

Dr. Grai