

AA

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ : nein

ZPO § 399

Ein stillschweigender Verzicht auf einen Zeugen scheidet aus, wenn die Partei vor der Beweisaufnahme ausdrücklich beantragt hat, den Beweisbeschuß zu überprüfen und auch die vorgeschlagenen, aber nicht berücksichtigten (Gegen-) Zeugen zu hören.

BGH, Urt. v. 14. Juli 1987 - IX ZR 13/87 - OLG Köln  
LG Köln

# BUNDESGERICHTSHOF

11

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IX ZR 13/87

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:  
14. Juli 1987  
Thiesies  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

Martha P [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED], [REDACTED] N [REDACTED],  
vertreten durch die Pflegerin Rechtsanwältin Anke B [REDACTED],  
Ra [REDACTED]straße [REDACTED], [REDACTED] N [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Anneliese Ni [REDACTED],  
Unterste S [REDACTED]wiese [REDACTED], [REDACTED] K [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 1987 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Fuchs, Henkel, Gärtner und Dr. Schmitz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 8. Dezember 1986 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es zum Nachteil der Beklagten erkannt hat.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 15. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

### Tatbestand

Die Beklagte ist die Schwester und Alleinerbin des am 29. Januar 1984 verstorbenen Rentners Walette Su[REDACTED]. Die Klägerin hat nach ihren Angaben den Haushalt des Verstorbenen ab Ende 1979 bis zu dessen Tod versorgt. Hierfür



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

verlangte sie von der Beklagten eine Vergütung von 21.762 DM. Sie trägt vor, daß ihr der Verstorbene wiederholt zugesichert habe, er werde sie zum Ausgleich für ihre Dienste als Alleinerbin einsetzen. Sie sei zunächst einmal, später zwei- bis dreimal in der Woche zu ihm gefahren, um ihn zu versorgen. Die hierfür aufgewandte Zeit habe ihr Ehemann notiert.

Das Landgericht vernahm als Zeugen nur den Ehemann der Klägerin. Es verurteilte, ohne den weiteren Beweisangeboten der Beklagten nachzugehen, diese zur Zahlung von 7.624 DM nebst Zinsen und wies die weitergehende Klage ab. Das Oberlandesgericht wies die Berufung der Beklagten zurück; auf die Anschlußberufung der Klägerin verurteilte es die Beklagte zur Zahlung von insgesamt 10.780 DM nebst Zinsen und wies im übrigen die Anschlußberufung zurück.

Mit der zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit es zu ihrem Nachteil erkannt hat.

#### Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet und führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Oberlandesgericht.

11

I.

Das Berufungsgericht führt, ohne auf den Anspruchsgrund näher einzugehen, aus, es halte die Beklagte in Übereinstimmung mit dem Erstgericht für verpflichtet, Zahlung an die Klägerin zu leisten. Das kann im Hinblick auf § 543 Abs. 1 ZPO noch hingenommen werden. Das Berufungsurteil läßt nämlich wenigstens erkennen, daß es den Gründen des Ersturteils folgt. Soweit von weiteren Darlegungen hierzu abgesehen worden ist, liegt darin kein Begründungsmangel gemäß § 551 Nr. 7 ZPO (BGH, Urt. v. 17. Januar 1985 - VII ZR 257/83, NJW 1985, 1784, 1785).

II.

Das Berufungsgericht hat damit, dem Landgericht folgend, die Zahlungsverpflichtung der Beklagten aus einem faktischen Arbeitsverhältnis, außerdem aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz BGB "Zweckverfehlung") hergeleitet.

1. Auf die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung kann grundsätzlich nur dann als Anspruchsgrund zurückgegriffen werden, wenn zwischen der Klägerin und dem Verstorbenen keine schuldrechtliche Vereinbarung getroffen worden war oder eine getroffene Vereinbarung nichtig ist. Nach ihrem Vorbringen hat der Verstorbene mit der Klägerin vereinbart, sie zum Ausgleich für ihre Dienste als Allein-

erbin einzusetzen. Danach scheiden Bereicherungsansprüche aus. Die Annahme eines Dienstvertrages wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Vergütung statt in laufenden Zahlungen in einer einmaligen - möglicherweise letztwilligen - Zuwendung bestehen sollte. Das Versprechen einer späteren Vergütung ergibt auch, daß keine unentgeltliche Dienstleistung gewollt war (BGH, Urt. v. 23. Februar 1965 - VI ZR 281/63, FamRZ 1965, 317, 318 = NJW 1965, 1224, v. 30. Oktober 1969 - VII ZR 97/67, WM 1970, 90). Eine familienrechtliche Verpflichtung zur Pflege des Verstorbenen hat nicht bestanden.

2. Werden vertraglich vereinbarte Dienstleistungen über einen längeren Zeitraum hinweg erbracht, so kommt eine Abwicklung nach Bereicherungsrecht im Regelfall auch dann nicht in Betracht, wenn die Vereinbarung wegen Nichtigkeit der zugesagten Gegenleistung insgesamt nichtig ist. Die Wirkungen der Nichtigkeit können grundsätzlich nicht für die Vergangenheit geltend gemacht werden, so daß also die Vereinbarung insoweit als fortbestehend gilt (vgl. MünchKomm/Kramer, BGB 2. Aufl. Einleitung vor § 241 Rdnr. 66 m.w.N.). Ausnahmen vom grundsätzlichen Ausschluß bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung sind nur bei arglistiger Täuschung, Gesetzeswidrigkeit der getroffenen Vereinbarung - wenn diese zumindest dem Vertragsteil bekannt war, der sich auf Vertragsansprüche beruft - und in dem Falle zu machen, daß Inhalt und Zweck der getroffenen Vereinbarung grob sittenwidrig sind (vgl. MünchKomm/Kramer, aaO Rdnr. 67). Zwar war hier die Vereinbarung wegen Verstoßes gegen § 2302 i.V.m. § 139 BGB nichtig. Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes, der die Verein-

barung auch für die Vergangenheit hat entfallen lassen, haben die Parteien aber nicht vorgetragen.

Wird eine, wenn auch nichtige, Gegenleistung vereinbart, so kann dies als Umstand im Sinne des § 612 Abs. 1 BGB dafür angesehen werden, daß eine entgeltliche Vereinbarung gewollt war. Verspricht der Erblasser, ihm erbrachte Dienstleistungen durch eine letztwillige Zuwendung zu entgelten, dann kann dies als Zusage einer Vergütung im Rahmen eines Dienstvertrages aufzufassen sein, deren Höhe sich nach § 612 Abs. 2 BGB richtet (BGH, Urt. v. 23. Februar 1965 aaO; MünchKomm/Musielak, BGB § 2302 Rdnr. 5; Palandt/Edenhofer, BGB 46. Aufl. § 2302 Ziff. 2 b; BGB-RGRK/Kregel, 12. Aufl. § 2302 Rdnr. 3; weitergehend BAG BB 1963, 1297). Der Klägerin steht daher - die Richtigkeit ihres bisher nicht widerlegten Vortrags unterstellt - ein Vergütungsanspruch nach §§ 611 ff BGB gegen die Beklagte zu.

### III.

1. Mit Erfolg rügt die Revision, daß das Berufungsgerecht die Zeugen P████, Rosemarie Rü████ und Albert Rü████ nicht vernommen und dadurch gegen die §§ 286, 139 ZPO verstoßen hat.

a) Die Aussagen dieser Zeugen waren nach dem Sachantrag erheblich. Die Beklagte hatte sie zum Beweise für ihre bestrittene Behauptung benannt, der Verstorbene habe, soweit er gelegentlich Hilfe entweder in Anspruch genommen oder nur

einfach hingenommen habe, diese entgolten. Er sei sparsam gewesen, aber keineswegs geizig, habe in einem Einfamilienhaus gelebt und neben einer Rente noch Pachteinahmen und Sparguthaben von über 50.000 DM gehabt. Jede Rechnung, jede Hilfeleistung sei von ihm sofort bezahlt worden. Dies gelte auch für gelegentliche Hilfeleistungen der Klägerin.

Damit hat die Beklagte den Vergütungsanspruch der Klägerin dem Grunde nach bestritten. Wenn zuträfe, daß die Klägerin nur gelegentliche Hilfeleistungen erbracht hätte, wäre zumindest zu prüfen gewesen, ob ihre Dienste den Rahmen unentgeltlicher Gefälligkeiten überschritten haben. Selbst wenn ihre Tätigkeit für den Verstorbenen einen Umfang erreicht hätte, der die Annahme entgeltlich geleisteter Dienste nahelegte, wäre ein Vergütungsanspruch unbegründet, falls sie hierfür bereits entlohnt worden wäre (§ 362 Abs. 1 BGB). Soweit das Erstgericht bemängelte, die Beklagte habe weder Zeitpunkt noch Höhe der einzelnen Zahlungen näher belegt, beachtete es nicht, daß sich der Umfang der Substantiierungslast grundsätzlich nach der vorangegangenen Einlassung des Gegners richtet (BGH, Urt. v. 16. Mai 1962 - VIII ZR 79/61, LM § 282 ZPO Nr. 12). Die Klägerin hat Art, Ort und Zeit der erbrachten Dienste nicht aufgeschlüsselt. Durch die vorgelegte Auflistung und die Erläuterungen im Schriftsatz vom 13. November 1985 sind die einzelnen Dienstleistungen nicht näher eingegrenzt worden. Der Beklagten war deshalb ein gezielter Gegenbeweis überhaupt nicht möglich.

b) Durchgreifenden Bedenken begegnet auch die Auffassung des Berufungsrichters, die Vernehmung dieser Zeugen

habe unterbleiben dürfen, weil nicht vorgetragen worden sei, aufgrund welcher Wahrnehmungen sie etwas über das Verhalten des Verstorbenen gegenüber der Klägerin hätten aussagen können. Er hat dies damit begründet, daß die Zeugen nicht in K. lebten, sondern in der Nähe von Ha. Damit verlangt das Berufungsgericht nähere Angaben darüber, wie die Zeugen ihr unter Beweis gestelltes Wissen erlangt haben. Das greift die Revision zu Recht an. Grundsätzlich kann keine Angabe darüber verlangt werden, wie der Zeuge die Tatsache erfahren hat, die in sein Wissen gestellt wird (BGH, Urt. v. 4. Mai 1983 - VIII ZR 94/82, NJW 1983, 2034, 2035 rechte Spalte unten; RG HRR 31 Nr. 258; Wieczorek, ZPO 2. Aufl. § 373 Anm. D I b 3; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 45. Aufl. § 373 Anm. 2). Eine Ausnahme macht die Rechtsprechung lediglich dann, wenn der benannte Zeuge über innere Tatsachen aussagen soll, die einen Dritten betreffen. Ob Dienstleistungen der Klägerin vergütet worden sind oder nicht, ist aber keine innere Tatsache. Das Gericht durfte daher den Beweisantrag mit dieser Begründung nicht unbeachtet lassen. Darüber hinaus hat es übersehen, daß die Beklagte im Schriftsatz vom 22. Juli 1985 vorgetragen hatte, der Zeuge Josef P. habe den Verstorbenen regelmäßig besucht, womit schlüssig dargetan war, woher dieser Zeuge seine Kenntnis erlangt haben konnte.

c) Eine Behauptung ist nach § 138 Abs. 1 ZPO dann unbeachtlich, wenn das Gericht zu der Überzeugung gelangt, daß die Partei selbst nicht an ihre Richtigkeit glaubt, oder das Gericht sie für eine willkürliche, ohne greifbare Anhaltspunkte ausgesprochene Vermutung hält, die Behauptung also nach seiner Auffassung "ins Blaue hinein" aufgestellt

worden ist (BGH, Urt. v. 14. März 1968 - II ZR 50/65, NJW 1968, 1233, 1234). Hierzu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Wenn nach seiner Auffassung der Beweisantrag keine Angaben darüber enthielt, wie die Zeugen Kenntnis von Zahlungen des Verstorbenen an die Klägerin erlangt hatten, so reichte dies nicht aus, ohne weitere Erörterung die beweisbedürftige Behauptung als willkürliche Vermutung zu behandeln. Zweifelte das Gericht an der behaupteten Kenntnis der Zeugen, so hätte es die Beklagte darauf hinweisen müssen, daß es die Darlegung von Anhaltspunkten für eine Kenntniserlangung der Zeugen für unumgänglich halte. Es ist nicht auszuschließen, daß die Beklagte ihren Vortrag entsprechend ergänzt hätte. Die Ablehnung des Beweisantrages war daher auch aus diesem Grunde verfahrensfehlerhaft.

2. Zu Recht rügt die Revision weiter, daß das Berufungsgericht die erneute Benennung der Eheleute Engstenberg als Zeugen im zweiten Rechtszug durch die Beklagte als ein neues Beweismittel im Sinne des § 528 Abs. 2 ZPO angesehen hat, dies mit der Begründung, die Beklagte habe auf die Vernehmung der bereits im ersten Rechtszug benannten Zeugen durch schlüssiges Verhalten verzichtet. Das begegnet durchgreifenden Bedenken. Das Beweismittel war nicht neu im Sinne des § 528 Abs. 2 ZPO, weil die Beklagte auf die Vernehmung der Zeugen nicht verzichtet hatte.

Ein Verzicht auf die Vernehmung eines Zeugen durch schlüssige Handlung ist möglich und zulässig (vgl. BGH, Urt. v. 9. Januar 1969 - III ZR 174/66, LM § 286 (E) ZPO Nr. 12 = NJW 1969, 1112; BGH, Urt. v. 28. Mai 1969 - V ZR 38/66, MDR 1969, 746; Baumbach/Lauterbach/Hartmann aaO § 399 Anm. 1;

Zöller/Stephan, ZPO 15. Aufl. § 399 Rdnr. 2). Den Verzicht sieht der Berufungsrichter darin, daß die Beklagte nach durchgeführter Beweisaufnahme ihren Beweisantrag nicht ausdrücklich wiederholt hat, obwohl der Prozeßverlauf habe erkennen lassen, daß der Erstrichter mit der durchgeführten Beweisaufnahme seine Aufklärungstätigkeit als erschöpft angesehen habe. Daran ist richtig, daß in einem solchen Falle gestellte Beweisanträge als überholt angesehen werden können (BGH, Urt. v. 28. Mai 1969 aaO m.w.N.). Grundsätzlich kann jedoch weder die bloße Nichtverlesung eines schriftlichen Beweisantrages noch ein Stillschweigen bei noch ausstehender Beweisaufnahme als Verzicht behandelt werden (Baumbach/Lauterbach/Hartmann aaO; RG, JW 1914, 646, 647).

Von einem stillschweigenden Verzicht kann erst dann ausgegangen werden, wenn nach entsprechender Fragestellung des Gerichts vernünftigerweise nicht mehr zu erwarten ist, daß die Partei noch an ihrem Beweisantrag festhält. So liegt der Streitfall nicht. Die Beklagte hat nach Erlaß des Beweisbeschlusses vom 21. November 1985, der die von ihr gegenbeweislich zuvor benannten Zeugen nicht berücksichtigt hatte, in ihrem am 18. Dezember 1985 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz ausdrücklich beantragt, den Beweisbeschluß zu überprüfen und zugleich die Gegenzeugen zu hören. Sie hat damit die sachliche Unvollständigkeit der beabsichtigten Beweiserhebung sogar ausdrücklich und rechtzeitig gerügt. Damit fehlt es an jeder Grundlage für die Annahme eines stillschweigenden Verzichts.

3. Mit Recht rügt die Revision schließlich die Würdigung der Aussage des Zeugen Ni [REDACTED].

Nach dem Sitzungsprotokoll vom 19. Februar 1985 hat der Zeuge ausgesagt, es sei klar gewesen, daß die Klägerin von 1979 bis 1984 mittwochs vier Stunden, montags und freitags zunächst je eine Stunde, später je zwei Stunden bei dem Verstorbenen gearbeitet habe. Das Landgericht hat diese Aussage dahingehend gewürdigt: Eine mehr als vierstündige wöchentliche Arbeitszeit stehe nicht fest. Die Bekundungen des Zeugen stellten eine zu unsichere Grundlage dar, um weitergehende Arbeitszeiten zuverlässig annehmen zu können. Weil die Fahrzeit eine Stunde betragen habe, sei es auch wenig überzeugend, daß die Klägerin anfangs an dem zweiten Wochentag für nur eine Stunde zu dem Verstorbenen gefahren sei. Der Berufungsrichter hat die Aussage des Zeugen ohne erneute Beweisaufnahme abweichend vom Erstgericht gewürdigt: Die Klägerin habe damit auch die von ihr behaupteten Arbeitszeiten am Montag und Freitag nachgewiesen. Er hat deshalb für die Zeit ab dem 1. April 1983 eine zusätzliche wöchentliche Arbeitszeit von 1,5 Stunden angenommen.

Diese abweichende Wertung war nicht statthaft. Wenn das Berufungsgericht die Aussage des Zeugen anders als das Landgericht verstehen wollte, hätte es ihn nach § 398 ZPO erneut vernehmen müssen. Es muß, will es das ihm in § 398 ZPO eingeräumte Ermessen pflichtgemäß ausüben, einen in erster Instanz vernommenen Zeugen jedenfalls dann nochmals hören, wenn es dessen Glaubwürdigkeit anders beurteilen oder die protokollierte Aussage anders als der Richter der Vorinstanz verstehen will (ständige Rechtsprechung, vgl. BGH, Urt. v. 3. April 1984 - VI ZR 195/82, NJW 1984, 2629 m.w.N.; BGH, Urt. v. 17. Oktober 1984 - VIII ZR 181/83, WM 1985, 135, 136). Der persönliche Eindruck vom Zeugen, die

Anwesenheit der Parteien, das ihnen eingeräumte Fragerecht sowie die Möglichkeit und Zulässigkeit der Gegenüberstellung von Zeugen bieten eine erheblich höhere Gewähr für die Ermittlung der Wahrheit, als dies bei der Würdigung einer lediglich in einer Niederschrift wiedergegebenen Zeugenaussage der Fall ist (BGH, Urt. v. 9. Juli 1981 - III ZR 189/79, NJW 1982, 580, 581 m.w.N.).

Hier hat das Berufungsgericht die Erinnerung des Zeugen an die damaligen Vorgänge für besser gehalten, als es das Landgericht getan hatte, und die weitere Aussage, daß die Klägerin den Verstorbenen auch montags und freitags versorgt habe, seiner Entscheidung mit zugrunde gelegt. Dabei geht es - auch wenn das Berufungsgericht das anders sehen will - in Wahrheit um den persönlichen Eindruck des Gerichts von dem Wahrheitsgehalt der Aussage des Zeugen, hier besonders um dessen Erinnerungsfähigkeit, die nicht anders behandelt werden kann als die allgemeine Glaubwürdigkeit. Sie durfte es, ohne den Zeugen selbst gesehen und gehört zu haben, nicht anders einschätzen (BGH, Urt. v. 3. April 1984 aaO S. 2630). Von einer nochmaligen Vernehmung hätte der Berufsrichter nur absehen dürfen, wenn es darum gegangen wäre, ob der Inhalt der protokollierten Aussage objektiv für die Beweisfrage ergiebig war oder nicht (BGH, Urt. v. 8. Januar 1985 - VI ZR 96/83, VersR 1985, 341, 342 m.w.N.).

IV.

Aus diesen Gründen kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben und wird aufgehoben.

Merz

Henkel

Fuchs

Gärtner

Schmitz