

BUNDESGERICHTSHOF

18

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 63/90

Verkündet am:
22. November 1990
Schnurr
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Rudolf S [REDACTED],
F [REDACTED]straße [REDACTED], A [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Rechtsanwalt Rainer U. M [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED], A [REDACTED],
als Verwalter im Konkurse über das Vermögen
des Hannspeter H [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

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

WII

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. November 1990 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Fuchs, Kirchhof, Dr. Fischer und Dr. Melullis

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München mit dem Sitz in Augsburg vom 2. Februar 1990 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen des Hannspeter H[REDACTED]. Die Parteien streiten über die Rechte aus einem vom Beklagten gegen den Gemeinschuldner erwirkten Arrestpfändungsbeschuß.

H[REDACTED] betrieb seit 1977 einen Weinhandel und betätigte sich in der Folgezeit zunehmend im Anlagegeschäft, indem er Kunden teure Weine verkaufte und versprach, diese nach einiger Zeit mit hohen Gewinnen zu versteigern. Die Kunden erhielten jeweils Zertifikate über die erworbenen Weine sowie eine schriftliche Versteigerungsabrechnung und konnten sich

zwischen Auszahlung und Neuanlage des Erlöses entscheiden. Infolge der angeblich hohen Gewinne wählten die Kunden durchweg letztere Möglichkeit. Etwa ab dem Jahre 1980 ging H. dazu über, mit seinen Abnehmern die Lagerung der bestellten Weine bei den Winzern bis zur Versteigerung zu vereinbaren. Jedenfalls seit dieser Zeit kaufte er mit den vereinnahmten Geldern keinen Wein mehr ein und führte auch keine Versteigerung durch. Die eingehenden Geldbeträge verwendete er zweckwidrig für sich selbst sowie für die Anleger, die die Auszahlung der vermeintlichen Gewinne begehrten. Auf diese Weise wurden im Laufe der Zeit zahlreiche Kunden in einer Gesamthöhe von mindestens 13 Millionen DM geschädigt.

Am 15. April 1987 erwarb der Beklagte von H. 375 Flaschen Wein "Framersheim-Zechberg, Ruländer-Beerenauslese" zu je 58 DM, einzulagern bei dem Weingut H. in F., zu versteigern im Oktober 1987. Am 27. Mai 1987 wurde H. wegen Betrugsverdachts verhaftet. Am 5. Juni 1987 erschien in der "Augsburger Allgemeinen" ein Zeitungsartikel, der hiervon berichtete, die Manipulationen des Angeschuldigten schilderte und dessen Schulden bei der Kundenschaft auf 25 Millionen DM bezifferte.

Noch am selben Tage suchte der Beklagte einen Rechtsanwalt auf, der auf seine Anfrage vom Weingut H. am 9. Juni die Nachricht erhielt, dort sei weder H. noch der Beklagte bekannt und demgemäß auch der fragliche Wein nicht eingelagert. Am 10. Juni 1987 ordnete das Amtsgericht Augsburg auf Antrag des Beklagten den dinglichen Arrest in das



Vermögen des Schuldners wegen eines Anspruchs in Höhe von 21.750 DM nebst 7 % Zinsen seit dem 16. April 1987 an. In Vollziehung des Arrests wurden die Ansprüche des Schuldners gegen die D[REDACTED] Bank, Filiale A[REDACTED], und die Stadtsparkasse A[REDACTED] gepfändet. Der Pfändungsbeschluß wurde den Drittschuldnerinnen am 11. Juni 1987 zugestellt. Zu diesem Zeitpunkt war ein Konkursantrag noch nicht eingegangen.

Am 16. Juni 1987 hat das Amtsgericht Augsburg das Konkursverfahren eröffnet. Der Kläger hat den erwirkten Pfändungsbeschluß gemäß § 30 Nr. 2 KO rechtzeitig angefochten und vom Beklagten den Verzicht auf die daraus erworbenen Rechte verlangt. Er hat behauptet, der Gemeinschuldner habe die Zahlungen mit dem Tage seiner Verhaftung, spätestens aber am 2. Juni 1987 eingestellt.

Der Beklagte hat sich darauf berufen, eine eventuelle Zahlungseinstellung nicht gekannt zu haben. Er hat widerklagend die Duldung der abgesonderten Befriedigung aus den gepfändeten Konten begehrt.

Das Landgericht hat die Klage im wesentlichen abgewiesen und der Widerklage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat nach den Anträgen des Klägers erkannt. Mit der zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist nicht begründet.

Die Konkursanfechtung des Klägers greift nach § 30 Nr. 2 KO durch.

1. Das Berufungsgericht sieht in der aufgrund des Arrests erfolgten Forderungspfändung eine durch Rechtshandlung erlangte Sicherung der Ansprüche des Beklagten, die dieser aufgrund seiner rechtlichen Beziehungen zum Schuldner weder der Art nach noch zu der Zeit zu beanspruchen hatte. Diese Auffassung entspricht ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH, Urt. v. 3. März 1959 - VIII ZR 176/58, WM 1959, 470, 472; Urt. v. 30. April 1959 - VIII ZR 179/58, LM Nr. 6 zu § 30 KO, Urt. v. 27. November 1974 - VIII ZR 21/73, WM 1975, 6; Urt. v. 10. Januar 1985 - IX ZR 4/84, NJW 1985, 1785) und wird von der Revision auch nicht angegriffen.

2. Die Feststellung der Zahlungseinstellung liegt im wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet. Die Erwägungen des Berufungsgerichts können daher revisionsrechtlich nur darauf überprüft werden, ob der Begriff rechtlich zutreffend angewandt worden ist und die Feststellungen verfahrensfehlerfrei getroffen worden sind (BGH, Urt. v. 29. April 1974 - VIII ZR 200/72, WM 1974, 570; Urt. v. 1. März 1984 - IX ZR 34/83, NJW 1984, 1953).

Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt: Der Gemeinschuldner habe spätestens am 9. Juni 1987 die Zahlungen eingestellt. Nach dem Bekanntwerden der Verhaftung H[REDACTED] durch den Presseartikel vom 5. Juni 1987 sei niemand mehr bereit gewesen, Geld in der von ihm erdachten Weise anzulegen. Der zur Erfüllung der von den Kunden geforderten Auszahlungen erforderliche Geldfluß sei infolgedessen abrupt beendet worden und das auf Schwindel aufgebaute System schlagartig zusammengebrochen. H[REDACTED] habe sich umfangreicher fälliger Schadensersatzansprüche seiner Kunden aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB und aus § 826 BGB gegenüber gesehen, die er nicht mehr habe erfüllen können. Die Zahlungsunfähigkeit sei auch nach außen in Erscheinung getreten; denn jedenfalls für den Beklagten als Anfechtungsgegner sei spätestens mit Erhalt des Schreibens des Weinguts Hi[REDACTED] aufgrund des zuvor veröffentlichten Presseartikels ersichtlich gewesen, daß H[REDACTED] die in Millionenhöhe bestehenden Ersatzforderungen nicht werde erfüllen können.

Die Revision sieht hierin eine Verkennung des Rechtsbegriffs der Zahlungseinstellung und rügt, die Feststellungen, auf die sich das Berufungsgericht stützt, seien verfahrensfehlerhaft getroffen worden. Damit dringt sie jedoch nicht durch.

a) Zahlungseinstellung ist gegeben, sobald der Gemeinschuldner wegen eines nicht nur vorübergehenden Mangels an Zahlungsmitteln nicht mehr in der Lage ist, den wesentlichen Teil seiner fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen (BGH,

Urt. v. 30. April 1959 - VIII ZR 179/58, LM Nr. 6 § 30 KO;
Urt. v. 27. November 1968 - VIII ZR 204/66, WM 1969, 98,
100; Urt. v. 27. November 1974 - VIII ZR 21/73, WM 1975, 6;
Urt. v. 1. März 1984 - IX ZR 34/83, NJW 1984, 1953). Für die
Zahlungseinstellung ist vom Tatbestand der Nichtzahlung aus-
zugehen. Auf den Willen des Schuldners, nichts mehr zu lei-
sten, kommt es nicht an. Daher kann auch entgegen seinem
Willen Zahlungseinstellung eintreten; einer Erfüllungsver-
weigerung oder eines sonstigen die Nichtzahlung und die Un-
fähigkeit zur Befriedigung der Gläubiger dokumentierenden
Verhaltens des Schuldners bedarf es entgegen der Meinung der
Revision nicht (Kuhn/Uhlenbruck, KO, 10. Aufl., § 30 Rn. 2,
3 f; RG JW 1911, 490; 1919, 826).

Das Berufungsgericht gelangt insoweit zu dem Ergebnis,
der Gemeinschuldner habe, auch durch Dritte, nach dem 2. Ju-
ni 1987 keine Zahlungen mehr erbracht und sei von diesem Ta-
ge an mangels ihm zur Verfügung stehender Geldmittel zur Er-
füllung der fälligen Gläubigeransprüche nicht mehr in der
Lage gewesen. Diese Annahme stützt sich auf die Erwägung,
ein auf ein solches betrügerisches System aufgebautes Unter-
nehmen könne vom Zeitpunkt der Aufdeckung durch die Presse
an jedenfalls den wesentlichen Teil seiner Schulden nicht
mehr begleichen, weil es sofort mit hohen Ersatzforderungen
seiner Kunden konfrontiert werde und gleichzeitig niemand
mehr bereit sei, Gelder für die vorgespiegelte Anlage zur
Verfügung zu stellen. Das ist nach der Lebenserfahrung mög-
lich und mit den Denkgesetzen vereinbar. Die Revision zeigt
keine Umstände auf, die einer solchen Annahme entgegenste-
hen. Der Tatrichter hat in seine Würdigung den dafür wesent-
lichen Parteivortrag sowie das sonstige Beweisergebnis mit

einbezogen. Die Angaben des erstinstanzlich vernommenen Zeugen N[REDACTED] zu den geleisteten Zahlungen stehen hierzu nicht in Widerspruch; denn sie enthalten nicht die Behauptung, dem Gemeinschuldner hätten auch nach dem 5. Juni 1987 noch erhebliche Geldmittel zur Deckung seiner Verbindlichkeiten zur Verfügung gestanden. Der Beweisantrag des Beklagten in der Berufungserwiderung auf Vernehmung der Zeugen V[REDACTED] und N[REDACTED] bezog sich lediglich auf den Zeitraum Ende Mai/Anfang Juni 1987, unmittelbar nach der Verhaftung H[REDACTED], aber noch vor der Presseveröffentlichung.

b) Die Ansprüche der Kunden des Gemeinschuldners waren infolge der zweckwidrigen Verwendung der Gelder und der nur vorgespiegelten Weineinkäufe und -versteigerungen aus positiver Vertragsverletzung sowie unerlaubter Handlung (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, § 826 BGB) auch im Falle einer erst für Herbst 1987 vereinbarten Versteigerung sofort fällig. Allerdings liegt Zahlungseinstellung nur dann vor, wenn die Verbindlichkeiten auch ernsthaft von den Gläubigern eingefordert werden. Das sieht das Berufungsgericht ersichtlich schon aufgrund der Angaben des Zeugen N[REDACTED], nach der Verhaftung des Gemeinschuldners hätten sich zahlreiche Betroffene an ihn gewandt, die ihr Geld hätten zurückhaben wollen, als erwiesen an. Diese Würdigung ist, insbesondere unter Berücksichtigung der Wirkung des vom Berufungsgericht besonders herausgestellten Zeitungsartikels, möglich und sogar nahelegend.

Allerdings rügt die Revision zu Recht die Annahme des Berufungsgerichts, unstreitig hätten zwei Gläubiger am 5. Juni 1987 gegen H[REDACTED] Mahnbescheide über 145.900 DM und

5.572,80 DM erwirkt. Dabei hat es übersehen, daß der Beklagte den Mahnbescheid des Gläubigers S. [REDACTED] über 145.900 DM mit Nichtwissen bestritten hat - die vom Kläger zum Beweis genannten Akten wurden nicht beigezogen - und der Kläger selbst hinsichtlich des Betrages von 5.572,80 DM lediglich außergerichtliche Geltendmachung behauptet hat, was vom Beklagten ebenfalls bestritten war. Aus den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils geht indes zweifelsfrei hervor, daß diese Tatsachen lediglich unterstützend und ergänzend herangezogen wurden und sie kein ausschlaggebendes Gewicht für die Überzeugungsbildung besaßen. Da die Annahme, die Gläubiger H. [REDACTED] hätten bereits am 9. Juni 1987 in großem Umfang Rückzahlung der geleisteten Beträge gefordert, nicht auf der angeblichen Einleitung von zwei Mahnverfahren anderer Gläubiger beruht, berührt dieser Fehler den Bestand des angefochtenen Urteils nicht.

c) Die Zahlungseinstellung muß ferner nach außen hin offenbar geworden sein. Das hat das Berufungsgericht aufgrund der Verhaftung, der durch den Zeitungsartikel erhaltenen Information sowie der Mitteilung des angeschriebenen Winzers, H. [REDACTED] nicht zu kennen und die angeblichen Weinverkäufe nicht getätigt zu haben, für die Person des Beklagten bejaht. Diese Annahme läßt keinen Rechtsfehler erkennen und beruht nicht, wie die Revision meint, auf einer Würdigung, die dem Presseartikel ein unzulässig großes Gewicht beimißt. Unstreitig entsprach dessen Inhalt der Wahrheit. Der Beklagte hatte zudem durch die Antwort des Winzers die klare Bestätigung für die Befürchtung erhalten, einem Schwindelunternehmen zum Opfer gefallen zu sein. Unter Berücksichtigung des in dem Zeitungsbericht geschilderten

Sachverhalts und der Reaktionen, die ein solcher Artikel nach der Lebenserfahrung beim betroffenen Publikum auslöst, war für den Beklagten erkennbar, daß der Verhaftete nunmehr sofort einem Ansturm seiner Gläubiger ausgesetzt sein würde und infolge der Art und Weise der vollkommen auf falschen Vorspiegelungen beruhenden Geschäfte zu einer Tilgung der erhobenen Forderungen weitgehend außerstande war.

Das Berufungsgericht hat angenommen, es genüge, wenn der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit allein dem Anfechtungsgegner erkennbar sei. Das hat der Senat bei Hauptgläubigern des Gesamtschuldners bejaht (Urt. v. 1. März 1984 - IX ZR 34/83, NJW 1984, 1953; Urt. v. 10. Januar 1985 - IX ZR 4/84, NJW 1985, 1785, 1786). Hier machte der dem Beklagten zustehende Anspruch nur einen kleinen Teil des von H. seinen Kunden geschuldeten Schadensersatzes aus. Ob auch in einem solchen Fall die Erkennbarkeit für den Anfechtungsgegner genügt, kann dahingestellt bleiben; denn die getroffenen Feststellungen ergeben die Erkennbarkeit der Zahlungseinstellung für einen großen Kreis der betroffenen Geldanleger zum maßgeblichen Zeitpunkt. Schon in den ersten Tagen nach der Verhaftung Hüntens fand sich bei dem Zeugen N. eine Reihe von Gläubigern ein, die ihr Geld zurückforderten. Durch den Zeitungsbericht wurden die Manipulationen mit dem eingenommenen Geld jedenfalls bei einem großen Teil des betroffenen Personenkreises bekannt. Unstreitig hat das Amtsgericht Augsburg zwischen dem 6. und dem 19. Juni 1987 auf Antrag verschiedener Gläubiger 30 Arrestbefehle wegen Forderungen in Höhe von über 2 Millionen DM erlassen. Die Zahlungseinstellung war daher jedenfalls am 9. Juni nach außen hinreichend sichtbar geworden.

3. Ist der Pfändungsbeschluß somit erst nach Zahlungseinstellung erwirkt worden, kann der Konkursverwalter die Rechtshandlung anfechten, wenn der Gläubiger nicht beweist, zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, gekannt zu haben. Das Berufungsgericht meint im Gegensatz zu dem Landgericht, der Beklagte habe den Beweis fehlender Kenntnis von der Zahlungseinstellung nicht geführt.

a) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, für die "Kenntnis der Zahlungseinstellung" komme es nicht darauf an, ob der Beklagte den juristischen Begriff erkannt und entsprechend subsumiert habe. Vielmehr reiche es aus, wenn ihm die äußeren Merkmale der Zahlungseinstellung, deren tatsächliche Gegebenheiten, offenbar gewesen seien. Der Revision ist einzuräumen, daß diese abstrakte Beschreibung die Voraussetzungen einer Kenntnis der Zahlungseinstellung nicht zutreffend umreißt. Denn allein die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich die Zahlungseinstellung ergibt, genügt nicht. Letztere muß vielmehr selbst als solche erkannt worden sein. Sind die dem Anfechtungsgegner bekannten Umstände, aus denen die Zahlungseinstellung folgt, einer unterschiedlichen Beurteilung zugänglich, so steht allein das Wissen davon der Zahlungseinstellung nicht gleich (BGH, Urt. v. 18. Mai 1955 - IV ZR 14/55, WM 1955, 1468, 1471; Urt. v. 15. Januar 1964 - VIII ZR 236/62, KTS 1964, 166, 169; RGZ 23, 115; RG WarnRspr 1912 Nr. 50; Kilger, KO, 15. Aufl., § 30 Anm. 9; Kuhn/Uhlenbruck, KO, 10. Aufl., § 30 Rdnr. 28). Folglich reicht es nicht, die Kenntnis des Beklagten von der Verhaftung Hüntens und der gegen jenen in dem Zeitungsartikel

erhobenen Vorwürfe sowie das Bewußtsein, auch persönlich betrogen worden zu sein, zu bejahen. Vielmehr muß er aufgrund dieser Vorgänge davon ausgegangen sein, H[REDACTED] sei nunmehr einem Ansturm seiner Gläubiger ausgesetzt und vermöge deren Forderungen mindestens in wesentlichem Umfang auf absehbare Zeit nicht zu erfüllen.

Gleichwohl bleibt dieser Revisionsrüge der Erfolg versagt. Die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich die Zahlungseinstellung ergibt, wird den Anfechtungsgegner oftmals zu der richtigen Erkenntnis, daß Zahlungseinstellung vorliegt, führen. Wie die ausführliche Begründung zeigt (BU 33), sieht das Berufungsgericht es jedenfalls als möglich an, daß dem Beklagten bewußt war, der Gemeinschuldner werde von zahlreichen Gläubigern bedrängt und sei infolge der von ihm praktizierten betrügerischen Arbeitsweise ab sofort nicht mehr in der Lage, die geltend gemachten Forderungen zu befriedigen. Damit hat es alle für die Frage der Kenntnis der Zahlungseinstellung maßgeblichen Voraussetzungen festgestellt.

b) Das Gesetz knüpft an eine nach Zahlungseinstellung erlangte inkongruente Sicherung die Vermutung, dem Empfänger sei die Zahlungseinstellung bekannt gewesen. Der Anfechtungsgegner muß folglich die fehlende Kenntnis beweisen. Dabei sind an den Nachweis strenge Anforderungen zu stellen (BGH, Urt. v. 13. November 1961 - VIII ZR 158/60, LM Nr. 12 zu § 30 KO; Urt. v. 27. November 1974 - VIII ZR 21/73, WM 1975, 6; Urt. v. 26. März 1984 - II ZR 171/83, NJW 1984, 1893, 1899); denn die besondere Konkursanfechtung des

§ 30 KO beruht auf dem Gedanken, vom Offenbarwerden der Krise an das Vermögen des Schuldners der Gesamtheit seiner Gläubiger zur Verfügung zu stellen. Die Regelung will Verletzungen des Prinzips der Gleichbehandlung durch Maßnahmen, die von einzelnen Gläubigern in diesem Stadium zu ihren Gunsten ausgebracht werden, möglichst verhindern (BGHZ 58, 240, 242 f).

Die gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, es könne sich von einer fehlenden Kenntnis des Beklagten nicht überzeugen, von der Revision erhobenen Verfahrensrügen sind unbegründet.

aa) Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte zu diesem Ergebnis nicht ohne erneute Vernehmung der vom Landgericht vernommenen Zeugin Silvia S. [REDACTED], der Ehefrau des Beklagten, gelangen dürfen; denn wenn man deren vom erstinstanzlichen Richter für glaubhaft erachteten Aussage folge, sei die fehlende Kenntnis des Beklagten erwiesen. Das ist nicht richtig. Die Aussage bezieht sich in dem von der Revision zitierten Umfang auf den 5. Juni 1979, unmittelbar nach Kenntnis des Zeitungsartikels und vor Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe. Für den hier maßgeblichen Zeitpunkt nach Eingang der Antwort des Winzers H. [REDACTED] hat die Zeugin lediglich folgendes bekundet:

"Nach Pfingsten hörten wir dann, daß der Wein nicht vorhanden war. Wir fühlten uns jetzt betrogen und wollten versuchen, unser Geld doch noch irgendwie zu kriegen, denn es mußte ja schließlich irgendwo sein. Herr Rechtsanwalt K. [REDACTED] hat uns hierzu den Arrest empfohlen."

Diese Angaben schließen auch dann, wenn man sie für zutreffend erachtet, die Wertung, der Beklagte habe jedenfalls am 9. Juni die Zahlungseinstellung gekannt, nicht aus. Die Würdigung des Berufungsgerichts enthält folglich keinen Verstoß gegen die Denkgesetze. Sie durfte auch ohne erneute Vernehmung getroffen werden. § 398 Abs. 1 ZPO stellt diese grundsätzlich in das Ermessen des Tatrichters. Sie ist allerdings dann geboten, wenn der Berufungsrichter die persönliche Glaubwürdigkeit abweichend beurteilen oder der Beurkundung ein anderes Gewicht oder eine vom Wortsinn abweichende Auslegung geben will (BGH, Urt. v. 20. Oktober 1987 - X ZR 49/86, NJW 1988, 484, 485; Urt. v. 3. November 1987 - VI ZR 95/87, NJW 1988, 566). Um alles dies ging es vorliegend indes nicht. Das Berufungsgericht ist deshalb zu einer abweichenden Beweismwürdigung gelangt, weil es vom Landgericht in seine Beurteilung nicht einbezogenen Umständen, insbesondere dem Zeitungsartikel und der Mitteilung des Winzers, erhebliche Bedeutung beigemessen hat. Das Beweisergebnis beruht nicht auf einer unterschiedlichen Auffassung von der Glaubwürdigkeit der Zeugin oder einem anderen Verständnis des Inhalts ihrer Aussage. Vielmehr hat das Berufungsgericht ihr lediglich im Rahmen der von ihm gemäß § 286 ZPO vorzunehmenden Gesamtbeurteilung einen geringeren Stellenwert eingeräumt. Es ist jederzeit möglich, daß eine Zeugenaussage aufgrund neu eingeführter oder erstinstanzlich nicht hinreichend beachteter Beweismittel an Bedeutung verliert. Eine solche Bewertung ist dem Berufungsgericht auch ohne erneute Vernehmung grundsätzlich möglich, wenn es in der Frage der persönlichen Glaubwürdigkeit des Zeugen und der Auslegung des Inhalts seiner Angaben vom Ersturteil

nicht abweichen will. Denn in solchen Fällen bestehen keine Anhaltspunkte dafür, daß die erneute Aussage des Zeugen zu einem anderen Ergebnis führen könnte. Sie würde folglich eine nutzlose Förmlichkeit darstellen.

bb) Schließlich meint die Revision zu Unrecht, bei dieser Beweislage hätte das Berufungsgericht den Beklagten als Partei gemäß § 448 ZPO vernehmen müssen.

Die Vernehmung einer Partei zu ihrer eigenen Behauptung setzt voraus, daß das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht ausreicht, die richterliche Überzeugung von der Richtigkeit der Darstellung zu begründen, dafür jedoch eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht. Ob der Tatrichter von der Möglichkeit des § 448 ZPO Gebrauch macht, steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Das Revisionsgericht kann nur prüfen, ob er dieses sachgemäß ausgeübt, die ihm eingeräumten Grenzen überschritten oder es überhaupt versäumt hat, von dem Ermessen Gebrauch zu machen (BGH, Urt. v. 17. September 1986 - IVb ZR 87/85, FamRZ 1987, 152, 153; Urt. v. 27. Januar 1988 - IVb ZR 82/86, FamRZ 1988, 482, 485; Urt. v. 10. März 1988 - III ZR 250/86, BGHR ZPO § 448 - Ermessensgrenzen 3).

Die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils befassen sich nicht ausdrücklich mit der Anwendung des § 448 ZPO. Das rechtfertigt jedoch nicht die Annahme, das Berufungsgericht habe die Vorschrift außer acht gelassen. Vielmehr läßt die Beweismwürdigung deutlich erkennen, daß der Tatrichter infolge der Veröffentlichung in der Tageszeitung

sowie der Mitteilung des Winzers trotz der Aussagen der vom Landgericht vernommenen Zeugen auch eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die vom Beklagten behauptete fehlende Kenntnis verneint. Diese ihm grundsätzlich allein obliegende Würdigung ist möglich. Die Revision vermag nicht aufzuzeigen, daß dabei für die Abwägung wesentliche Umstände außer Betracht geblieben sind.

4. Da die Anfechtungsklage durchgreift, ist die Widerklage zu Recht abgewiesen worden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Merz

Fuchs

Kirchhof

Fischer

Melullis