

15  
020

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 102/68

### URTEIL

Verkündet am

6. Mai 1970

Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Landhandelskaufmanns Rudolf M. [REDACTED],  
Alleininhabers der Firma Christian M. [REDACTED] in  
B. [REDACTED], Am B. [REDACTED] Nr. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Viehkaufmann Gerd W. [REDACTED] in D. [REDACTED],  
Krs. L. [REDACTED], D. [REDACTED] Nr. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Mai 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Messner, Mormann und Braxmaier

für R e c h t erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 4. April 1968 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Gläubiger des Landwirts Friedrich S, der im Frühjahr 1963 wirtschaftlich zusammenbrach. Das gesamte Inventar des Schuldners wurde am 12. Juli 1963 durch den Gerichtsvollzieher versteigert, der Erlös von rd. 52 000 DM hinterlegt. In diesem Prozeß streiten die Parteien um einen Teil des Erlöses in Höhe von 23 460 DM, ferner um den Erlös aus der Verwertung von zwei notgeschlachteten Rindern. Der Kläger, der aus Viehlieferungen vom Schuldner über 50 000 DM fordert, behauptet,

- 3 -

der in Anspruch genommene Erlös stamme aus der Verwertung von Vieh, das er dem Schuldner unter Eigentumsvorbehalt geliefert habe. Der Beklagte, der ein Landhandelsgeschäft betreibt, will gegen den Schuldner aus Lieferungen eine Forderung von über 100 000 DM haben. Er bestreitet einen Eigentumsvorbehalt des Klägers, dessen Forderung gegen den Schuldner und die Identität des vom Kläger angeblich gelieferten Viehes mit dem vom Gerichtsvollzieher verwerteten Vieh. Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt.

Nachdem der Rechtsstreit in die Berufungsinstanz gelangt war, hat der Beklagte gegen den Kläger und den Schuldner Strafanzeige wegen Prozeßbetruges erstattet. Gegenstand der Anzeige waren die Streitpunkte des vorliegenden Prozesses. Das Berufungsgericht hat den Rechtsstreit gemäß § 149 ZPO bis zur Erledigung des Strafverfahrens ausgesetzt. Die Staatsanwaltschaft hat am 1. Februar 1966 das umfangreiche Ermittlungsverfahren gegen den Kläger und Schuldner eingestellt, weil sich "nach langwierigen Ermittlungen ein Tatverdacht, der die Erhebung der Anklage gerechtfertigt erscheinen lassen würde", nicht ergeben habe. Daraufhin hat das Berufungsgericht die Aussetzung des Rechtsstreits aufgehoben, den Schuldner und Hauptzeugen des Klägers (Friedrich S. [REDACTED]) und einen Zeugen des Beklagten (St. [REDACTED]) vernommen und die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte Klagabweisung. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Entscheidungsgründe:

Die Revision beschränkt sich auf Verfahrensrügen.  
Diese sind unbegründet bis auf die folgende:

Der Beklagte hat im Schriftsatz vom 28. Januar 1968 Seite 6 (GA Bl. 240) in das Zeugnis von E [REDACTED] und N [REDACTED] gestellt (sinngemäß), daß nicht der Kläger, sondern N [REDACTED] die Tiere an S [REDACTED] geliefert habe; das habe zwar Nolting zunächst bestritten, aber nach Vorlage der Frachtbriefe einräumen müssen. Der Zeuge N [REDACTED] hat als Zeuge in dem Rechtsstreit 5 U 16/65 OLG Hamm (Kläger gegen Herbert S [REDACTED]) im Gegenteil bekundet, nicht er, sondern der Kläger habe die Tiere geliefert. Dasselbe hat auch Friedrich S [REDACTED] im vorliegenden Rechtsstreit als Zeuge ausgesagt. Das Berufungsgericht hat den Beweis- antrag des Beklagten nicht ausdrücklich beschieden. Es ist aufgrund des gesamten Beweisergebnisses, insbesondere auch des für den Beklagten negativen Ausgangs des strafrecht- lichen Ermittlungsverfahrens gegen den Kläger, der Über- zeugung, das Gegenteil der Behauptung des Beklagten sei er- wiesen, nämlich der Kläger und nicht Nolting habe die Tiere geliefert.

Dies rechtfertigte aber nicht die Ablehnung des Be- weisantrages. Dieser hätte vielmehr nur abgelehnt werden dürfen, wenn jede Möglichkeit, daß die Beweisaufnahme Sach- dienliches ergeben werde, ausgeschlossen war, weil von vorn- herein der völlige Unwert der Beweismittel feststand (BGH NJW 1951, 481, 483). Dies hätte nachprüfbar begründet werden müssen. Daß die beantragte Beweiserhebung nach dem Ausgang des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen

den Kläger und den der Behauptung des Beklagten entgegengesetzten Aussagen von Friedrich Simonsmeier und Nolting nicht eben große Erfolgsaussicht im Sinne des Beklagten haben mag, reichte nicht aus, den Beweisantrag zu übergehen. Dies wird auch nicht dadurch gerechtfertigt, daß beide Zeugen schon in anderen Verfahren ausgesagt haben, der Zeuge N. in dem erwähnten Parallelprozeß, an dem der Beklagte nicht beteiligt ist, und Ebert in dem Ermittlungsverfahren gegen den Kläger. Diese Aussagen konnte das Berufungsgericht im Wege des Urkundenbeweises nur solange verwerten, als nicht der Beklagte in diesem Rechtsstreit die Vernehmung der Zeugen beantragte. Dieser Antrag war ein Antrag auf erstmalige Vernehmung der Zeugen (BGHZ 7, 116, 122). Das Berufungsgericht konnte ihn deshalb nicht gemäß § 398 ZPO nach seinem Ermessen, sondern nur unter den engen Voraussetzungen ablehnen, die die Rechtsprechung für die Ablehnung von Anträgen auf Zeugenvernehmung aufgestellt hat, insbesondere also wegen offensichtlicher Untauglichkeit der Beweismittel.

Unter Aufhebung des angefochtenen Urteils (§ 564 ZPO) war deshalb der Rechtsstreit gemäß § 565 ZPO zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen, weil diese

Entscheidung davon abhängt, wie das Berufungsgericht zur  
Hauptsache entscheiden wird.

Dr. Haidinger

Bundesrichter  
Dr. Gelhaar ist  
beurlaubt, orts-  
abwesend und an  
der Beifügung sei-  
ner Unterschrift  
verhindert.

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier

Dr. Haidinger