

✓

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

ZPO §§ 451, 398

Will das Berufungsgericht die Aussage einer gemäß den §§ 445 ff ZPO vernommenen Partei anders würdigen als das Erstgericht, so muß es jedenfalls dann die Partei erneut vernehmen, wenn die Partei auf ihre Aussage be-
eidigt worden war.

BGH, Urt. v. 24. Oktober 1973 - VIII ZR 111/72 - OLG Frankfurt (Main)
LG Frankfurt (Main)

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 111/72

URTEIL

Verkündet am
24. Oktober 1973
Scheibl,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Aron R [REDACTED] ,
 2. des Kaufmanns Abraham R [REDACTED] ,
- beide in F [REDACTED] , G [REDACTED] B [REDACTED] Straße [REDACTED] ,

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Rechtsbeistand Helmut B [REDACTED] als Konkurs-
verwalter über das Vermögen der Baugesellschaft J. S [REDACTED]-
[REDACTED] mbH in F [REDACTED] , L [REDACTED] Straße [REDACTED] ,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Oktober 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Mormann, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 19. April 1972 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der Baugesellschaft J. S. [REDACTED] GmbH (künftig: GmbH). Die Beklagten hatten die GmbH mit Bauarbeiten beauftragt und eine Anzahlung von 20 000 DM geleistet. Sie trafen mit der GmbH zwei im wesentlichen gleichlautende Vereinbarungen, in denen diese zusagte, bei Nichterfüllung oder nicht rechtzeitiger Erfüllung des Auftrages die anzahlten 20 000 DM zurückzuzahlen und eine Vertragsstrafe von 20 000 DM zu zahlen sowie den Beklagten zur Sicherung Forderungsabtretungen zu geben. Die Vereinbarungen tragen das Datum des 4. bzw. 9. September 1968.



Auf Grund dieser Abreden übergab die GmbH den Beklagten drei vom 19. September 1968 datierte Abtretungserklärungen über insgesamt 30 000 DM. Die Bauarbeiten wurden nicht ausgeführt, weil über das Vermögen der GmbH am 7. November 1968 der Konkurs eröffnet wurde. Nach der Behauptung des Klägers sollen die Abtretungen nichtig sein, weil die Sicherungsvereinbarungen vom 4. und 9. September 1968 sowie die Abtretungserklärungen vom 19. September 1968 erst im Oktober 1968 nach der Zahlungseinstellung der GmbH Ende September 1968 erfolgt seien und, um das zu verschleiern, rückdatiert worden seien. Hilfsweise focht der Kläger die Abtretungen gemäß § 30 KO an.

Er beantragt festzustellen, daß die vom 19. September 1968 datierten Abtretungsvereinbarungen nichtig sind. Hilfsweise stellt er den Antrag, die Beklagten zur Rückübertragung der ihnen abgetretenen Forderungen zu verurteilen. Das Landgericht wies die Klage ab. Das Berufungsgericht gab dem Hauptantrag des Klägers statt.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstreben die Beklagten die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I. Soweit die Revision meint, der Geschäftsführer Steinhauer der Gemeinschuldnerin habe nicht als Zeuge vernommen werden dürfen, kann sie keinen Erfolg haben. Nach herrschender Meinung, insbesondere der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs (RGZ 120, 189, 192; BGHZ 49, 11, 16), ist der Konkursverwalter nicht Vertreter des Gemeinschuldners, sondern übt kraft des ihm übertragenen Amtes die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners in eigenem Namen aus. Der Gemeinschuldner steht hinsichtlich der Konkursmasse einer geschäfts- und damit prozeßunfähigen gesetzlich vertretenen Person gleich. Ist aber der Konkursverwalter Partei, so kann der Gemeinschuldner als Zeuge vernommen werden, wie das Reichsgericht bereits in RGZ 29, 29 eingehend dargelegt und in ständiger Rechtsprechung entschieden hat (Schumann/Leipold bei Stein/Jonas, ZPO 19. Aufl. § 373 Vorbem. I 2 mit weiteren Nachweisen). Selbst wenn indessen der Konkursverwalter als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen wäre (vgl. Stein/Jonas/Pohle, ZPO 19. Aufl. § 50 Vorbem. II 2 mit weiteren Nachweisen), könnte der Gemeinschuldner als Zeuge vernommen werden, weil er dann in dem vom Konkursverwalter geführten Prozeß entsprechend § 53 ZPO prozeßunfähig wäre und daher von den Bestimmungen über die Parteivernehmung nicht erfaßt würde (Schumann/Leipold, aaO § 455 Anm. II).

II. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe gegen § 398 ZPO verstoßen, ist begründet. Da § 398 ZPO gemäß § 451 ZPO auf die Parteivernehmung anzuwen-

den ist, durfte das Berufungsgericht die Aussagen der vom Landgericht als Partei vernommenen und beeidigten Beklagten und des Zeugen S[REDACTED] nicht anders würdigen als das Landgericht, ohne die Beklagten erneut zu vernehmen.

1. Der Einzelrichter des Landgerichts hatte zu der Frage, wann die streitigen Vereinbarungen bzw. Abtretungserklärungen erfolgt waren, auf Antrag des Klägers die Beklagten als Partei vernommen. Die Kammer des Landgerichts hatte sie auf ihre Aussagen beeidigt. Danach hatte der Einzelrichter den Zeugen S[REDACTED], der zunächst nach Belehrung gemäß § 384 Nr. 2 ZPO die Aussage verweigert hatte, vernommen. Das Landgericht wies die Klage ab, weil es der Meinung war, daß die Aussagen der unter Eid vernommenen Beklagten durch das sonstige Beweisergebnis nicht widerlegt würden. Der Zeuge S[REDACTED] habe zwar die Darstellung des Klägers bestätigt. Das reiche jedoch nicht aus, die Unrichtigkeit der Angaben der Beklagten zu erweisen, weil er ebenso wie diese an den streitigen Vorgängen nicht unbeteiligt gewesen sei.

Das Berufungsgericht vernahm den Zeugen S[REDACTED] in Gegenwart der Beklagten nochmals vor dem Senat und beeidigte ihn auf seine Aussage. Es gab der Klage statt, weil die in beiden Rechtszügen durchgeführte Beweisaufnahme das Vorbringen des Klägers bestätigt habe, wie sich im wesentlichen aus den glaubhaften Bekundungen des Zeugen S[REDACTED] ergebe.

2. Das Berufungsgericht hat mit dieser Beweiswürdigung gegen § 398 ZPO verstoßen.

a) Nach dieser Bestimmung steht zwar die wiederholte Vernehmung eines Zeugen grundsätzlich im Ermessen des Gerichts. Dieses Ermessen ist jedoch nicht frei, sondern muß pflichtgemäß ausgeübt werden. Allgemeine Regeln, wann das Berufungsgericht einen im ersten Rechtszug vernommenen Zeugen nochmals vernehmen muß, lassen sich nicht aufstellen. Es kommt auf die jeweilige Sachlage an. Anerkannt ist indessen, daß das Berufungsgericht die Glaubwürdigkeit eines Zeugen nicht anders als das Erstgericht beurteilen darf, wenn es ihn nicht selbst gesehen und gehört hat (BGH Urteil vom 13. März 1968 - VIII ZR 47/65 = LM ZPO § 398 Nr. 6 mit weiteren Nachweisen).

b) Die Parteivernehmung ist allerdings ein subsidiäres Beweismittel bzw. ein Hilfsbeweismittel, wie sich aus den §§ 445 ff ZPO ergibt (RGZ 154, 228, 229). Gemäß § 445 Abs. 2 ZPO braucht das Gericht einen Antrag auf Parteivernehmung nicht zu berücksichtigen, wenn der Antrag Tatsachen betrifft, deren Gegenteil es für erwiesen erachtet. Es kann gemäß § 450 Abs. 2 ZPO einen Beweisbeschluß auf Vernehmung einer Partei aussetzen, wenn nach dessen Erlaß andere Beweismittel vorgebracht werden; es hat nach Erhebung dieser Beweise von der Parteivernehmung abzusehen, falls es die Beweisfrage für geklärt hält. Eine Parteivernehmung ist also nicht erforderlich bzw. sogar unzulässig, wenn das Gericht die Beweisfrage als geklärt ansieht. Daraus läßt sich aber nicht folgern, das Gericht habe auch nach einer Parteivernehmung bei deren

Würdigung einen größeren Ermessensspielraum als bei einer Zeugenvernehmung und dürfe die Aussage einer prozeßordnungsgemäß vernommenen Partei für unglaubhaft halten, ohne einen unmittelbaren Eindruck von der Persönlichkeit der Partei zu haben. Wie sich aus den erwähnten Vorschriften ergibt, ist die Parteivernehmung nur solange ein subsidiäres Beweismittel, als die Partei nicht vernommen ist. Ist die Partei vernommen worden, so müssen für die Würdigung ihrer Aussage wie für die Frage, ob die Parteivernehmung zu wiederholen ist, jedenfalls dann dieselben Grundsätze wie bei einer Zeugenvernehmung gelten, wenn die Partei beeidigt wurde. Denn ein Gericht darf einer Partei den Vorwurf einer falschen eidlichen Aussage nicht machen, ohne einen unmittelbaren Eindruck von ihr gehabt zu haben.

Hier hatte das Berufungsgericht die eidlichen Bekundungen der Beklagten als durch die Aussage des Zeugen S. [REDACTED] widerlegt angesehen und damit die Beklagten für unglaubwürdig erachtet, obwohl neue Umstände, die für die Aussage des Zeugen S. [REDACTED] sprechen könnten, sich im Berufungsrechtszug nicht ergeben hatten. Das Berufungsgericht durfte indessen in diesem Fall die eidlichen Bekundungen der Beklagten und die Aussage des Zeugen S. [REDACTED] nur dann anders würdigen als das Landgericht, wenn es nicht nur den Zeugen S. [REDACTED], sondern auch die Beklagten nochmals vernahm, um sich einen unmittelbaren Eindruck von der Persönlichkeit der Beklagten zu verschaffen, damit es deren Urteilsfähigkeit, deren Erinnerungsvermögen und Wahrheitsliebe beurteilen und mithin den Wahrheitsgehalt ihrer Bekundungen mit der Aussage des Zeugen S. [REDACTED] vergleichen konnte. Daß die

Beklagten in dem Termin, in dem der Zeuge S. [REDACTED] vernommen und beeidigt wurde, zugegen waren, machte eine nochmalige Vernehmung der Beklagten, die nach dem Protokoll nicht erfolgt ist, nicht entbehrlich.

III. Entgegen der Auffassung des Klägers ist unerheblich, ob die Beklagten in dem Berufungsrechtszug darauf hingewiesen haben, daß ihre Vernehmung vor dem Berufungsgericht erforderlich sei. Das könnte allenfalls unter dem Gesichtspunkt des § 295 ZPO beachtlich sein. Die Möglichkeit der Rüge eines Verstoßes gegen die §§ 451, 398 ZPO ist aber erst durch die Entscheidung des Berufungsgerichts entstanden, so daß ein Fall des § 295 ZPO bis zum Erlaß des Urteils nicht gegeben war.

IV. Das Urteil des Berufungsgerichts war mithin aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Bei der erneuten Verhandlung werden die Beklagten Gelegenheit haben, ihre Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen S [REDACTED] sowie die von ihnen behaupteten Widersprüche in seiner Aussage vorzutragen. Die Kostenentscheidung war dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie von der Entscheidung in der Sache abhängt.

Dr. Haidinger

Claßen

Mormann

Dr. Hiddemann

Hoffmann