

54

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO § 398 Abs. 1

Hält das Berufungsgericht einen Zeugen für unglaubwürdig, dessen Aussage das Landgericht für richtig gehalten hat, so muß es den Zeugen auch dann nochmals vernehmen, wenn seine Vernehmung im ersten Rechtszug vor dem Einzelrichter erfolgt ist.

ZPO § 272 b

Das Bestreben, einen Rechtsstreit in einer mündlichen Verhandlung zu erledigen, darf nicht dazu führen, eine Partei mit nicht einfach zu beschaffenden Beweismitteln auszu-schließen, wenn deren Beibringung in einem weiteren Verhandlungstermin möglich erscheint.

BGH, Urt. v. 23. Juni 1976 - VIII ZR 15/75 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 15/75

V e r s ä u m n i s -
URTEIL

Verkündet am
23. Juni 1976
Mickhausen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Ets. A.M. Se [REDACTED] & Fils S.P.R.L.,
B [REDACTED] Oo [REDACTED] (B [REDACTED]), gesetzlich vertreten
durch ihren Geschäftsführer Jean-Pierre Ev [REDACTED] Se [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Ehefrau Szeindla W [REDACTED] geborene Li [REDACTED],
[REDACTED] D [REDACTED] [REDACTED], U [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
II. Instanz: [REDACTED], [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
im Termin am 23. Juni 1976 durch die Richter Braxmaier,
Claßen, Hoffmann, Merz und Treier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das
Urteil des 6. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts Düsseldorf vom 2. Dezem-
ber 1974 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten
der Revision, an den 16. Zivilsenat des
Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Ehemann der Beklagten, Adolf W., hatte am
9. Juli 1954 in D. das Gewerbe des Imports,
Exports, Großhandels und der Fabrikation von Textilien
und verschiedenen anderen Artikeln unter der Anschrift
U. straße angemeldet, wo die Eheleute W.
wohnten und auch heute noch wohnen. Er hat bereits vor
1970 für sich den Offenbarungseid geleistet. Die Beklagte
betreibt unter der gleichen Anschrift ein gleichartiges
Geschäft. Am 9. September 1970 erhielt die Firma A. W.



einen Auftrag zur Belieferung der Justizvollzugsanstalten des Landes Nordrhein-Westfalen mit Windjacken, der in der Zeit zwischen dem 1. September 1970 und dem 31. August 1971 mit einer Liefermenge von ungefähr 12 000 bis 14 000 Stück abgewickelt werden sollte. Adolf W. bestellte hierauf bei der Klägerin 12 139 Windjacken. Die Klägerin bestätigte gegenüber der Firma A. W. den Auftrag und führte in der Folgezeit den anfallenden Schriftwechsel mit dieser Firma. Eine offene Kaufpreisrestschuld aus den Lieferungen der Klägerin sollte dadurch beglichen werden, daß die Klägerin mehrere Wechsel auf die Firma A. W. ausstellte, die mit der Unterschrift des Ehemannes der Beklagten ("A. W.") angenommen wurden. Sechs dieser Wechsel wurden nicht eingelöst. Adolf W. hatte Mitte 1971 anlässlich der erneuten Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung nach § 807 ZPO erklärt, er übe kein Gewerbe aus, sondern sei im Geschäft seiner Ehefrau, der Beklagten, tätig.

Die Klägerin hat die Beklagte auf Zahlung sowohl aus dem Kaufvertrag, als auch aufgrund der Wechsel in Anspruch genommen mit der Begründung, ihr sei bei Aufnahme der Geschäftsverbindung erklärt worden, die Inhaberin der Firma A. W. sei die Beklagte, als deren auch für die Unterzeichnung von Wechseln Bevollmächtigter ihr Ehemann Adolf W. handle.

Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung eines geringfügigen Teils der geforderten Zinsen zur Zahlung von 973 497 bfrs nebst 2 % Zinsen über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank aus 949 782 bfrs seit 11. Oktober 1972 verurteilt.

- 4 -

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit ihrer Revision beantragt die Klägerin die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

I. 1. Die Revision rügt, das Berufungsgericht sei davon ausgegangen, daß die Erklärungen der Klägerin nach belgischem, diejenigen Adolf W. nach deutschem Recht zu beurteilen seien, weil sich die Parteien weder ausdrücklich noch stillschweigend auf die Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung auf ihre Beziehungen geeinigt hätten und weil ein hypothetischer Parteiwille, eine bestimmte Rechtsordnung zur Anwendung zu bringen, hier nicht feststellbar sei.

2. Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht nicht beachtet hat, daß die Klägerin ihre Kaufpreis- und Wechselansprüche vor den deutschen Gerichten verfolgt und sich dabei nicht auf belgisches, sondern auf deutsches Recht berufen hat und daß auch die Beklagte ihrer Verteidigung nur deutsches Recht zugrundegelegt hat. Dieses Verhalten der Parteien läßt den Schluß zu, daß sie sich mindestens nachträglich im Prozeß auf die Anwendung deutschen Rechts stillschweigend geeinigt haben (Senatsurteile vom 17. Dezember 1957 - VIII ZR 315/56; vom 27. März 1968 - VIII ZR 10/66 =

BGHZ 50, 32, 33; und vom 7. Mai 1969 - VIII ZR 142/68 = WM 1969, 772 = LM EGBGB Art. 7 Nr. 33).

II. 1. Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe die Glaubwürdigkeit der nur im ersten Rechtszug vernommenen Zeugen Se[REDACTED] und St[REDACTED] anders als das Landgericht beurteilt, ohne diese Zeugen nochmals zu hören.

2. Diese Verfahrensrüge ist begründet.

a) Das Berufungsgericht hat die Aussage der im ersten Rechtszug vernommenen beiden Zeugen Se[REDACTED] und St[REDACTED] als "einseitig und lückenhaft" bezeichnet. Es hat die Glaubwürdigkeit des Zeugen Se[REDACTED] deshalb in Zweifel gezogen, weil dieser der Sohn eines Gesellschafters und Geschäftsführers der Klägerin ist. Die Glaubwürdigkeit des Zeugen St[REDACTED] bezweifelt es deshalb, weil der Zeuge mit dem Zeugen Se[REDACTED] zusammenarbeitet und wahrscheinlich nicht mehr zwischen eigenen Wahrnehmungen und Darstellungen Se[REDACTED] zu unterscheiden vermöge. An anderer Stelle hält das Berufungsgericht die Aussagen der beiden Zeugen nicht für glaubwürdig, weil sie nicht "durch unstreitige oder objektive Tatsachen bestätigt" würden.

b) Das dem Prozeßgericht in § 398 Abs. 1 ZPO eingeräumte Ermessen für die wiederholte Vernehmung eines Zeugen ist nicht frei, sondern muß pflichtgemäß ausgeübt werden. Zur pflichtgemäßen Ermessensausübung gehört es,

daß das Berufungsgericht dann, wenn es die persönliche Glaubwürdigkeit eines Zeugen für wesentlich hält, den es nicht selbst vernommen hat, diesen Zeugen nochmals hört, wenn es in der Beurteilung der Glaubwürdigkeit seiner Aussage von der Meinung desjenigen Richters abweichen will, der den Zeugen selbst vernommen hat. Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß das Berufungsgericht die persönliche Glaubwürdigkeit eines Zeugen nicht anders als der Erstrichter beurteilen darf, wenn es ihn nicht selbst gehört hat (BGH Urteile vom 26. September 1963 - II ZR 138/61 = LM § 398 ZPO Nr. 2; vom 1. Oktober 1964 - VII ZR 225/62 = NJW 1964, 2414; Senatsurteile vom 13. März 1968 - VIII ZR 217/65 = NJW 1968, 1138; vom 11. Juli 1973 - VIII ZR 112/72 und vom 18. November 1974 - VIII ZR 116/73).

3. a) Das Berufungsgericht konnte entgegen seiner Annahme hier auch nicht deshalb von der Würdigung der Aussage der beiden Zeugen durch das Landgericht ohne deren erneute Vernehmung abweichen, weil die Zeugen im ersten Rechtszug ihre Aussagen vor dem Einzelrichter gemacht hatten. Das Landgericht hatte nämlich keine Zweifel an der Richtigkeit der im Vernehmungsprotokoll des Einzelrichters vom 23. Januar 1974 niedergelegten Aussagen der Zeugen Se[REDACTED] und St[REDACTED] und damit auch nicht an der Glaubwürdigkeit dieser beiden Zeugen; denn es hat nicht die wiederholte Vernehmung dieser Zeugen vor der Kammer angeordnet. Dies wäre aber veranlaßt gewesen, wenn das Landgericht Zweifel am Inhalt der Zeugenaussagen gehabt hätte, die die Glaubwürdigkeit der Zeugen berührt hätten. Dann hätte es sich durch eine

nochmalige Vernehmung einen persönlichen Eindruck von der Glaubwürdigkeit der Zeugen Se [REDACTED] und St [REDACTED] verschaffen müssen (vgl. dazu BGHZ 32, 233, 237; 40, 179, 182). Dafür, daß das Landgericht die nach Ansicht des Berufungsgerichts für die Unglaubwürdigkeit dieser Zeugen sprechenden Gesichtspunkte übersehen haben könnte, fehlt jeder Anhaltspunkt. Auch die vom Berufungsgericht beanstandete Lückenhaftigkeit der Aussagen der beiden Zeugen hätte bei einer wiederholten Vernehmung beseitigt werden können.

b) Obwohl das Landgericht den Aussagen der Zeugen Se [REDACTED] und St [REDACTED] entscheidende Bedeutung beigemessen hatte, konnte ihre Beeidigung unterbleiben, wenn die Parteien hierauf verzichtet hatten (§ 391 ZPO). Hier hatte keine Partei in der auf die Vernehmung der Zeugen folgenden Verhandlung das Unterlassen der Beeidigung gerügt, so daß diese Rüge für die Folgezeit ausgeschlossen war (§ 295 ZPO). Die unbeeidigten Aussagen der Zeugen konnten demnach vom Landgericht verwertet werden.

c) Das Berufungsgericht kann das von ihm eingeschlagene Verfahren auch nicht damit rechtfertigen, daß die beiden in Belgien wohnenden Zeugen Se [REDACTED] und St [REDACTED] im Verhandlungstermin am 11. November 1974 nicht erschienen seien und ihr Erscheinen nicht habe erzwungen werden können. Die Klägerin hatte die Gestellung dieser Zeugen zum Verhandlungstermin mit Schriftsatz vom 8. Oktober 1974 (Bl. 231 GA) zugesagt. Sie hatte am 6. November 1974 (Bl. 236 GA) unter Hinweis darauf, daß die Zeugen am Terminstag nicht vor dem deutschen Gericht erscheinen könnten, um Terminsverlegung gebeten. Das

Berufungsgericht mußte, wenn es ihm auf die Glaubwürdigkeit dieser Zeugen nach der wiederholten und nunmehr eidlichen Vernehmung des Zeugen W[REDACTED] und der Beklagten als Partei ankam, die mündliche Verhandlung vertagen, um der Klägerin Gelegenheit zur angekündigten Gestellung der beiden Zeugen zu geben. Das Bestreben, einen Rechtsstreit tunlichst in einer mündlichen Verhandlung zu erledigen (§ 272 b ZPO), darf nicht dazu führen, eine Partei mit nicht einfach zu beschaffenden Beweismitteln auszuschließen, wenn deren Beibringung in einem weiteren Verhandlungstermin möglich erscheint.

4. Da das Berufungsurteil auf dem gerügten Verfahrensverstoß beruht, mußte es aufgehoben werden; denn selbst wenn sich aus der Aussage des Zeugen Adolf W[REDACTED] und aus der Parteivernehmung der Beklagten eine Vollmachterteilung der Beklagten an ihren Ehemann für das hier streitige Geschäft nicht ergibt, wie das Berufungsgericht ausführt, so werden doch sämtliche Aussagen im Zusammenhang bei Prüfung der Frage, ob eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht der Beklagten für ihren Ehemann vorgelegen haben kann, zu würdigen sein. Im übrigen kann je nach dem Ergebnis der Vernehmung der Zeugen Se[REDACTED] und St[REDACTED] auch die Glaubwürdigkeit der Beklagten hinsichtlich ihrer Aussage zur Vollmachterteilung gegebenenfalls neu zu beurteilen sein.

Die Klägerin wird nunmehr auch Gelegenheit haben, ihr Beweisangebot durch den Zeugen K[REDACTED] zu wiederholen und diesen Zeugen gegebenenfalls vor dem Berufungsgericht zur Vernehmung zu stellen.

III. Da die Entscheidung über die Kosten der Revision vom Ausgang der Sache abhängt, war sie dem Berufungsgericht zu übertragen. Dem Senat schien es hier angezeigt, von § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen.

Braxmaier Claßen Hoffmann Merz Treier