

2127 046

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 99/64

URTEIL

Verkündet am

10. Oktober 1966
Klett, Justiz-
hauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Daniel B [REDACTED], Kohlengroßhandlung OHG,
gesetzlich vertreten durch ihre Gesellschafter Werner
K [REDACTED] und Margarete K [REDACTED] geb. B [REDACTED], in M [REDACTED],
Ma [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Ehefrau Frida D [REDACTED] in Bad E [REDACTED],
P [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Artl, Dr. Mezger, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Cello vom 6. Februar 1964 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine offene Handelsgesellschaft, belieferte den Ehemann der Beklagten, den Zeugen D■■■■■■, einen Kohlenhändler, von 1953 bis 3. November 1961 mit Kohlen. Nach anfänglich pünktlicher Bezahlung geriet D■■■■■■ ab 1955 mit seinen Zahlungsverpflichtungen zunehmend in Rückstand. Seine Schuld betrug zuletzt 31 754,35 DM. Am 8. März 1962 wurde über sein Vermögen der Konkurs eröffnet. Die Beklagte ist Eigentümerin eines Hausgrundstücks in Bad E■■■■■■, P■■■■■■straße ■, in dem sie mit ihrem Ehemann wohnt. Dieser betrieb auf dem Grundstück auch seine Kohlenhandlung sowie das Personenbeförderungsgewerbe mit Kraftfahrzeugen.

- 3 -

Die Klägerin, die ihre Forderung im Konkurs angemeldet hat, macht geltend, sie habe nur mit einer ganz geringen Quote zu rechnen. Die Beklagte habe bei einer Besprechung im Jahre 1955, als der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin, K [REDACTED], wegen des wachsenden Zahlungsrückstandes des Zeugen Drinkuth Bedenken gegen die weitere Belieferung mit Kohlen gehabt habe, erklärt, sie stehe für die Erfüllung der Verpflichtung ihres Ehemannes ein. Bei den wegen des steigenden Schuldenstandes in der Folge öfter abgehaltenen Besprechungen seien den Verbindlichkeiten D [REDACTED] nicht nur dessen Vermögenswerte sondern stets auch das Grundstück der Beklagten als Sicherheit gegenüber gestellt worden. Die Beklagte habe dem nicht widersprochen. Sie habe erklärt, sie werde das Grundstück veräußern und mit dem Erlös die Schulden ihres Ehemannes bezahlen. Mit dem Verlangen des Prokuristen der Klägerin, N [REDACTED], auf Eintragung einer Grundschuld sei sie bei einer Besprechung am 14. September 1961 an sich einverstanden gewesen, habe aber am 31. Oktober 1961 erklärt, sie stehe in Verhandlungen wegen eines Bankkredites über 30 000 DM, die Bestellung einer Grundschuld sei daher nicht mehr nötig. Noch am 9. November 1961 habe sie dem Gesellschafter der Klägerin, K [REDACTED], erklärt, sie wolle die Schulden D [REDACTED] begleichen. Die Klägerin meint, die Beklagte hafte auf Grund ihres Verhaltens für die Schulden ihres Ehemannes aus Schuldmitübernahme oder Garantievertrag sowie aus unerlaubter Handlung. Außerdem bestehe zwischen ihr und ihrem Ehemann eine Gesellschaft. Auch deshalb müsse sie für die Schulden aus dem Kohlengeschäft eintreten. Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 2 000 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Die Beklagte hat die Behauptungen der Klägerin bestritten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Mit ihrer Berufung hat die Klägerin ihren Zahlungsanspruch auf 6 100 DM erhöht und hilfsweise begehrt, die Beklagte zur Eintragung einer Grundschuld über 6 100 DM auf ihrem Grundstück in Bad E [REDACTED] zu verurteilen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Anträge aus der Vorinstanz weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht ist auf die von der Klägerin im zweiten Rechtszuge erörterten Haftungsgründe der Schuldmitübernahme, des Garantievertrages und des Kreditauftrages nicht näher eingegangen. Es hat ausgeführt, in jedem Falle sei die Feststellung einer auf Übernahme der Haftung gerichteten Willenserklärung der Beklagten erforderlich. Eine solche Willenserklärung habe sich nicht erweisen lassen. Dasselbe gelte für die an sich formlos mögliche schuldrechtliche Verpflichtung, eine Grundschuld für die Forderung der Klägerin gegen D [REDACTED] auf ihrem Grundstück eintragen zu lassen. Auch eine solche rechtsgeschäftliche Erklärung der Beklagten habe sich auf Grund der Beweisaufnahme nicht feststellen lassen. Es sei auch nicht bewiesen, daß die Beklagte in späterer Zeit sich gegenüber der Klägerin verpflichtet habe. Es lasse sich allenfalls folgern, daß die Möglichkeit erwogen worden sei, das

Grundstück der Beklagten als Kreditbasis heranzuziehen. Jedoch habe sich die Klägerin immer wieder vertrösten lassen.

II. 1. Im einzelnen hat das Berufungsgericht ausgeführt, zwar habe der Zeuge Niemann, der Prokurist der Klägerin, bei seiner Vernehmung im zweiten Rechtszuge angegeben, die Beklagte habe in seiner Gegenwart dem persönlich haftenden Gesellschafter der Klägerin, K[REDACTED], am 28. Oktober 1955 erklärt, sie sei jederzeit bereit, eine Grundschuld für die Klägerin einzutragen zu lassen. Dieser Aussage könne aber nicht gefolgt werden, weil sie in einem erstaunlichen Gegensatz zu den Angaben des Zeugen vor dem Landgericht stehe. Dort habe N[REDACTED] wiederholt und bestimmt bekundet, die Beklagte habe ihm gegenüber nie erklärt, sie wolle mit ihrem Hausgrundstück für die Schulden ihres Ehemannes haften, er, der Zeuge wisse derartiges nur aus Erzählungen K[REDACTED]. Die Erklärung, die der Zeuge dafür gegeben habe, daß ihm erst nachträglich eingefallen sei, daß er die Verpflichtungserklärung der Beklagten selbst mit angehört habe, überzeuge nicht. Seine früheren Angaben seien ganz bestimmt gemacht worden und nicht etwa nur mit der Einschränkung, er könne sich an eine Verpflichtungserklärung der Beklagten nicht erinnern. Daß dem Zeugen alle Einzelheiten des Gesprächs vom 28. Januar 1955 erst viel später eingefallen seien auf Grund einer Unterhaltung mit K[REDACTED] und an Hand einer Notiz in einem schon lange abgelegten Taschenkalender, die nichts über den Inhalt der angeblichen Besprechung enthalten habe, sei nicht glaubhaft.

2. Die Revision bekämpft diese Beweiswürdigung ohne Erfolg.

a) Sie macht geltend, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht berücksichtigt, daß der Zeuge N. vom Landgericht zu über sieben Jahre zurückliegenden Vorgängen befragt worden sei, ohne daß er vorher Gelegenheit gehabt habe, sein Gedächtnis aufzufrischen. Insbesondere sei ihm unter Verletzung des § 377 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht zuvor der Gegenstand seiner Vernehmung mitgeteilt worden. Auch sei die Klageerwiderung erst unmittelbar vor dem Termin zur Beweisaufnahme eingegangen. Erst damit sei klargestellt gewesen, welche Klagebehauptungen des Beweises bedurft hätten.

Ob § 377 Abs. 2 Nr. 2 ZPO verletzt worden ist, bedarf keiner Entscheidung. Denn es ist nicht richtig, daß der Zeuge N. vor dem Landgericht unvorbereitet hat aussagen müssen. Der Zeuge ist Prokurist der Klägerin. Er hatte nach deren eigenem Vortrag einen wesentlichen Anteil an den maßgebenden Verhandlungen mit den Eheleuten D. Bei seiner engen sachlichen und persönlichen Beziehung zum Prozeßstoff wäre es lebensfremd anzunehmen, dem Zeugen sei bei seiner Vernehmung durch das Landgericht der Streitstoff, zu dem er befragt wurde, nicht geläufig gewesen. Vor allem aber ergibt sich aus dem Vortrag der Klägerin in der Berufungsbegründung, daß der Zeuge ihrem Prozeßbevollmächtigten die Information zur Vorbereitung und Erhebung der Klage erteilt hat. Darauf, daß die Klageerwiderung erst unmittelbar vor dem Beweisaufnahmetermin eingegangen ist, kommt es nicht an; denn schon die auf den Informationen des Zeugen beruhende Klage-

schrift ist - wie sich zeigte - zutreffend davon ausgegangen, daß die Beklagte die entscheidungserheblichen Tatsachen bestreiten werde. Bei dieser Sachlage durfte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler davon ausgehen, daß der Zeuge bei seiner Vernehmung durch das Landgericht nicht unvorbereitet war, daß er insbesondere Gelegenheit gehabt hatte, sein Gedächtnis durch Einsichtnahme in etwa bei der Klägerin vorhandene Unterlagen aufzufrischen. Hierzu war er im übrigen wie jeder Zeuge auch grundsätzlich verpflichtet (RGZ 48, 392, 395; Stein-Jonas, Vorbem. VI 1 vor § 373 ZPO). Da er den Gegenstand der Vernehmung kannte, entfiel diese Verpflichtung auch nicht etwa deshalb, weil ihm das Beweisthema nicht zuvor vom Gericht mitgeteilt worden war.

b) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen N. nicht beachtet, daß die Berichtigung einer früheren Aussage nach Wiederauffrischung des Gedächtnisses des Zeugen lediglich eine Ergänzung der ursprünglichen Angaben darstelle, nicht aber mit diesen in Widerspruch stehe. Ob dem aus Gründen der Logik, wie die Revision meint, grundsätzlich gefolgt werden könnte, kann dahinstehen. Das Berufungsgericht, dem allein die Würdigung der erhobenen Beweise obliegt, hat sich jedenfalls ohne Rechtsfehler nicht davon überzeugen können, daß die Aussagen des Zeugen in zweiter Instanz auf einem Wiedererwachen seiner Erinnerung beruhten.

c) Zu Unrecht bemängelt die Revision auch; daß das Berufungsgericht den Zeugen N. nicht beeidigt hat (§ 391 ZPO). Die beantragte Beeidigung des Zeugen ist mit der Begründung abgelehnt worden, den Angaben

des Zeugen in zweiter Instanz könne im Hinblick auf seine abweichenden Aussagen im ersten Rechtszuge nicht geglaubt werden; daran würde auch eine Beeidigung des Zeugen nichts ändern.

Die Beeidigung eines Zeugen unterliegt grundsätzlich freiem richterlichem Ermessen. Sie ist nur anzuordnen, wenn das Gericht sie für geboten erachtet. Dieses Ermessen kann in der Revisionsinstanz nur insoweit nachgeprüft werden, als es sich um eine rechtsirrigte Auffassung über die hierbei dem Berufungsgericht gezogenen Grenzen handelt (OGHZ 1, 226; BGH Urt. vom 24. November 1951 - II ZR 65/51 = NJW 1952, 384, nur Leitsatz; Urteile des erkennenden Senates vom 20. Mai 1958 - VIII ZR 329/56 - S. 8; vom 3. Juli 1958 - VIII ZR 109/57 - S. 11). Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hält es allerdings für eine Verkennung der in § 391 ZPO diesem Ermessen gezogenen Grenzen, wenn die Beeidigung einer für die Entscheidung erheblichen Aussage abgelehnt wird, weil gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen gewisse Bedenken bestehen (BGHZ 43, 368). In der Entscheidung wird ausgeführt, es könne aus derartigen Bedenken nicht allgemein die Folgerung gezogen werden, dem Zeugen sei auch unter Eid eine unwahre Aussage zuzutrauen. Das lasse sich erst beurteilen, wenn die Beeidigung angeordnet sei und feststehe, wie sich der Zeuge nunmehr verhalte. Ohne konkrete Anhaltspunkte für die Unglaubwürdigkeit auch einer beeideten Aussage eines Zeugen den Beweiswert abzusprechen, bevor die Beeidigung angeordnet sei, stelle jedenfalls eine Überschreitung der Grenzen des dem Gericht in § 391 ZPO eingeräumten Ermessens dar.

Einer Stellungnahme zu dieser Rechtsprechung bedarf es im vorliegenden Falle nicht. Die voneinander abweichenden Aussagen des Zeugen N [REDACTED] waren geeignet, erhebliche Zweifel an seiner Glaubwürdigkeit zu begründen. Derartige besondere konkrete Umstände erlauben es auch nach der Auffassung des IV. Zivilsenates, von einer Beeidigung abzusehen (aaO S. 372). In der Tat ist eine Überschreitung der Ermessensgrenzen nicht zu erkennen, wenn wegen schwerwiegender Widersprüche in den Angaben eines Zeugen dessen Beeidigung nicht für geboten erachtet wird. In einem solchen Falle kann das Berufungsgericht ohne Ermessensfehler sowohl die Bedeutsamkeit der zu beeidigenden Aussage als auch die Erwartung verneinen, daß durch die Beeidigung eine wahrheitsgemäße Aussage herbeigeführt wird.

III. 1. Die Revision macht ferner geltend, das Berufungsgericht habe den Beweisantrag der Klägerin übergangen, die Beklagte eidlich über die Besprechung vom 28. Oktober 1955 sowie darüber zu vernehmen, daß sie auch in den folgenden Jahren gegenüber N [REDACTED] und K [REDACTED] wiederholt erklärt habe, sie wolle zur Sicherung der Forderung der Klägerin eine Grundschuld auf ihrem Hausgrundstück eintragen lassen und sei bereit, selbst die Forderung zu begleichen. Die erfolgte Anhörung der Beklagten ersetze die Parteivernehmung nicht. Sollte aber eine Parteivernehmung gewollt gewesen sein, so habe das Berufungsgericht § 450 ZPO verletzt, weil es keinen förmlichen Beweisbeschuß erlassen habe.

2. Der Beweisantrag war erheblich. Wenn die Beklagte die Behauptungen der Klägerin bestätigte, konnte

die Klage nach dem zutreffenden rechtlichen Ausgangspunkt des Berufungsgerichts begründet sein.

a) Die ZPO unterscheidet zwischen Parteivernehmung und Anhörung der Partei. Die Parteivernehmung ist Beweisaufnahme und bedarf immer, auch bei Anwesenheit der zu vernehmenden Partei, eines förmlichen Beweisbeschlusses (§ 450 ZPO). Die Anhörung der Partei nach § 141 ZPO dient dagegen nur der Aufklärung des Sachverhalts im Rahmen des § 139 ZPO (BGH Urteil vom 11. Mai 1951 - I ZR 106/51 -; Urteil des erkennenden Senats vom 20. Oktober 1959 - VIII ZR 44/59 = LM ZPO § 286 (B) Nr. 10). Das Berufungsgericht hat die Beklagte nicht als Partei vernommen. Die Klägerin hatte in der Berufungsbegründung ausdrücklich, wenn auch nur hilfsweise, die eidliche Vernehmung der Beklagten als Partei beantragt. Die rechtlichen Voraussetzungen für diese Vernehmungen (§ 445 ZPO) lagen vor, nachdem das Berufungsgericht den der Klägerin obliegenden Beweis für die behaupteten Verpflichtungserklärungen der Beklagten durch die Aussagen des Zeugen N. nicht als geführt ansah. Ein Beweisbeschluss nach § 450 ZPO ist indessen nicht ergangen. Das Berufungsgericht hat im Beweisbeschluss vom 17. Oktober 1963 neben der Vernehmung der Zeugen N. und D. lediglich das persönliche Erscheinen der Beklagten und des persönlich haftenden Gesellschafters der Klägerin, K., angeordnet. Auch aus der Niederschrift über die Sitzung vom 23. Januar 1964 ist ein Beweisbeschluss auf Vernehmung der Beklagten als Partei nicht ersichtlich. Der Tatbestand des angefochtenen Urteils, der neben den Aussagen der Zeugen N. und D. auch die Angaben der Beklagten und des Komplementärs der Klägerin,

K■■■■■, wiedergibt, läßt erkennen, daß das Berufungsgericht die Beklagte lediglich zu einzelnen Punkten angehört, nicht aber als Partei vernommen hat. Das zeigt sich einmal daran, daß die Wiedergabe der Äußerungen der Beklagten jeweils mit der Wendung eingeleitet werden: "Die Beklagte erklärte dazu:". Ebenso ist das Berufungsgericht bei der Wiedergabe der Angaben des Komplementärs der Klägerin, K■■■■■, verfahren, von dem es in den Entscheidungsgründen ausdrücklich heißt, er sei nur informatorisch gehört worden. Die Tatsache allein, daß die Erklärungen der Beklagten im Tatbestand wiedergegeben worden sind, zwingt noch nicht zu der Annahme, es habe sich um eine Parteivernehmung gehandelt (BGH Urt. v. 11. Dezember 1950 - III ZR 94/50 = NJW 1951, 110). Das Berufungsgericht hat in seine Beweismwürdigung an keiner Stelle die Angaben der Beklagten, wie sie sich aus dem Tatbestand des Urteils ergeben, mit einbezogen. Auch daraus ergibt sich, daß es die Beklagte nur angehört, nicht aber zu Beweis-zwecken vernommen hat. Schließlich fehlt es auch an der für die Parteivernehmung vorgeschriebenen Vernehmung zur Person (§§ 451, 395 Abs. 2 ZPO).

b) Es trifft demnach zu, daß das Berufungsgericht den Beweisantrag der Klägerin auf Vernehmung der Beklagten als Partei übergangen hat. Dieser prozessuale Verstoß kann nicht mit der Erwägung ausgeräumt werden, das Ergebnis der Anhörung der Beklagten zeige, daß sie auch im Falle ihrer Vernehmung als Partei nichts - der Klägerin Günstiges ausgesagt haben würde, die festgestellte Rechtsverletzung sei daher für den Ausgang des Rechtsstreits nicht von Bedeutung. Schon der Erlass eines förmlichen Beweisbeschlusses, vor allem aber die

gesetzlich vorgeschriebene Ermahnung zur Wahrheit mit dem Hinweis auf die Möglichkeit einer Beeidigung und schließlich die Beeidigung selbst (§§ 451, 395, 452 ZPO) konnten geeignet sein, den Inhalt der Angaben der Beklagten zu beeinflussen. Dasselbe gilt für die vom Gesetz vorgeschriebene Veranlassung der Partei zur zusammenhängenden Darstellung (§§ 451, 396 ZPO) im Gegensatz zu der vom Berufungsgericht vorgenommenen informatorischen Befragung der Beklagten zu einzelnen Punkten der Aussagen N [REDACTED] und D [REDACTED]. Nichts anderes gilt schließlich für die in §§ 451, 397 ZPO bestimmte Zulassung des Fragerechts der Gegenpartei und ihres Prozeßbevollmächtigten.

c) Die Revision scheitert nicht deshalb an § 295 ZPO, weil die Klägerin in der sich an die Vernehmung der Zeugen und die Anhörung der Parteien anschließenden mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht den Verfahrensmangel nicht gerügt hat. Dieser Mangel war ihr weder bekannt, noch konnte sie ihn erkennen. Der Zeuge N [REDACTED] hatte die Behauptungen der Klägerin bestätigt. Sie konnte, zumal sie sich nur hilfsweise auf die Parteivernehmung der Beklagten berufen hatte, deshalb annehmen, das Berufungsgericht halte ihr Behauptungen für bewiesen und sehe aus diesem Grund von der beantragten Parteivernehmung ab.

IV. Das angefochtene Urteil unterliegt daher der Aufhebung. Die Sache war an das Berufungsgericht

zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision, die von der Entscheidung in der Hauptsache abhängt, zu übertragen war.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Mezger

Mormann

Braxmaier