

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO §§ 286 E, 399

Ein stillschweigender Verzicht einer Partei auf die Vernehmung von ihr benannter Zeugen kann in der Nichtwiederholung des Beweisantrags nur dann gesehen werden, wenn die Partei aus dem Prozeßverlauf erkennen konnte, daß das Gericht mit der bisher durchgeführten Beweisaufnahme seine Aufklärungstätigkeit als erschöpft angesehen hat.

BGH, Urteil vom 2. November 1993 - VI ZR 227/92 - OLG Celle
LG Stade

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 227/92

Verkündet am:
2. November 1993
Herrwerth
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. November 1993 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Steffen und die Richter Dr. Kullmann, Dr. Lepa, Bischoff und Dr. v. Gerlach

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 6. August 1992 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

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



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger war Halter von sechs Pferden. Er hatte mit dem Beklagten vereinbart, daß dieser sie betreuen und für den Einsatz bei Trabrennen trainieren sollte. Am 12. Januar 1989 ließ der Kläger die Tiere zum Beklagten bringen. Bereits am 1. Februar 1989 kündigte er jedoch den mit dem Beklagten geschlossenen Vertrag wieder und ließ vier Pferde noch am selben Tage bei dem Beklagten abholen und erneut zu dem Landwirt Sch. in E. bringen, der diese auch vorher betreut hatte.

Der Kläger hat behauptet, der Beklagte habe aus Wut über die Kündigung des Betreuungs- und Trainingsvertrages vorsätzlich die Hufe der am 1. Februar 1989 wieder abgeholt vier Pferde verstümmelt. Drei Pferde hätten daraufhin nicht mehr für Rennzwecke verwendet werden können. Das Pferd "Turf" habe sogar getötet werden müssen. Nur ein Pferd habe sich nach etwa vier Monaten wieder erholt. Durch dieses Verhalten des Beklagten sei ihm ein Schaden von insgesamt 135.099,33 DM entstanden.

Das Landgericht hat die auf Zahlung dieses Betrages gerichtete Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht vermochte aufgrund der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme nicht festzustellen,

daß der Beklagte die Verstümmelung der Pferdehufe vorgenommen oder veranlaßt hat. Eine erneute Beweisaufnahme hat das Berufungsgericht abgelehnt, auch soweit es um die Vernehmung der Söhne der Zeugen H. ging, die bereits im ersten Rechtszug als Zeugen dazu benannt waren, daß der Beklagte die Mißhandlung der Pferde eingeräumt habe. Dies rechtfertigt das Berufungsgericht damit, daß die Parteien nach der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme nochmals die früher gestellten Sachanträge wiederholt haben. Daraus kann nach Auffassung des Berufungsgerichts geschlossen werden, daß der Kläger den Antrag, die beiden Zeugen zu vernehmen, nicht mehr aufrechterhalten wollte. Zumindest liege in dem Verhalten des Klägers ein Rügeverzicht nach § 295 ZPO. Den im zweiten Rechtszug neu gestellten Antrag auf Vernehmung dieser Zeugen hat das Berufungsgericht wegen Verspätung nach § 528 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.

II.

Das Berufungsurteil hält den Verfahrensrügen der Revision nicht stand.

1. Mit Erfolg wendet sich die Revision schon gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, aus dem Umstand, daß der Kläger seinen Beweisantrag in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht nicht mehr wiederholt habe, könne geschlossen werden, daß er diesen Antrag nicht mehr aufrechterhalten wollte. Ein Verzicht auf die Vernehmung von Zeugen durch schlüssige Handlung ist zwar grundsätzlich möglich und zulässig (BGH, Urteil vom 9. Januar 1969

- III ZR 174/66 - LM § 286 [E] ZPO Nr. 12 = MDR 1969, 462;

Zöller/Greger, ZPO, 18. Aufl., § 399 Rdn. 2). Ein solcher Verzicht kann u.U. auch darin gesehen werden, daß die Partei, welche noch nicht vernommene Zeugen benannt hat, nach durchgeführter Beweisaufnahme ihren Beweis Antrag nicht wiederholt. Diese Schlußfolgerung ist jedoch nur ausnahmsweise berechtigt, nämlich dann, wenn die Partei aus dem Prozeßverlauf erkennen konnte, daß das Gericht mit der bisher durchgeführten Beweisaufnahme seine Aufklärungstätigkeit als erschöpft angesehen hat (vgl. BGH, Urteile vom 28. Mai 1969 - V ZR 38/66 - LM § 286 [E] ZPO Nr. 13 = MDR 1969, 746 und vom 14. Juli 1987 - IX ZR 13/87 - NJW-RR 1987, 1403, 1404). Diese Voraussetzung war im Streitfall jedoch nicht erfüllt. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß der Kläger im Hinblick auf die sukzessiv durchgeführte Beweisaufnahme nicht damit rechnen mußte, daß in dem letzten vom Landgericht bestimmten Termin zur Verkündung einer Entscheidung ein Urteil erlassen wurde, sondern daß er annehmen durfte, es werde ein weiterer Beweisbeschluß verkündet, in dem die Vernehmung der beiden Söhne der Zeugen H. angeordnet wurde. Für das Landgericht mußten bei dieser Verfahrensweise zumindest Zweifel bestehen, ob der Kläger auf die Vernehmung der Zeugen verzichten wollte. Es hätte deshalb nach § 139 ZPO aufklären und den Willen des Klägers ermitteln müssen (vgl. MünchKomm/Damrau, § 399 ZPO Rdn. 3).

2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht, worauf die Revision weiterhin zutreffend hinweist, auch § 295 ZPO angewendet. Nach der zweiten Alternative des § 295 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann die Verletzung einer das Verfahren betreffenden Vorschrift nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei bei der nächsten mündlichen Verhandlung den Mangel nicht

gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein mußte. Im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht konnte der Kläger einen Verfahrensmangel aber noch gar nicht rügen, weil ein solcher vom Landgericht bis dahin noch nicht begangen worden war.

3. Hatte der Kläger auf die Vernehmung der beiden Zeugen vor dem Landgericht nicht verzichtet und scheidet auch ein Rügeverzicht nach § 295 ZPO aus, dann handelt es sich bei dem Wiederaufgreifen der Zeugenbenennung im zweiten Rechtszug nicht um ein neues Beweismittel, das im ersten Rechtszug nicht vorgebracht worden war. Damit durfte das Berufungsgericht den wiederaufgegriffenen Antrag des Klägers auf Vernehmung der beiden Zeugen auch nicht nach § 528 Abs. 2 ZPO zurückweisen, da Voraussetzung hierfür ist, daß das Beweismittel entgegen § 282 Abs. 1 ZPO nicht rechtzeitig vorgebracht oder entgegen § 282 Abs. 2 ZPO nicht rechtzeitig mitgeteilt worden ist.

III.

Bei dieser Sachlage muß das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Dr. Steffen

Dr. Kullmann

Dr. Lepa

Bischoff

Dr. v. Gerlach