

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 90/88

Verkündet am:
28. Februar 1989
Recknagel
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Horst-Günter M [REDACTED], Im B [REDACTED]feld [REDACTED],
Bo [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und F. W [REDACTED] -

g e g e n

Harry F [REDACTED], Bö [REDACTED] Straße [REDACTED], D [REDACTED],

Beklagten zu 4)
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Februar 1989 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Steffen und die Richter Dr. Macke, Dr. Lepa, Bischoff und Dr. Birkmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 29. Januar 1988 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

16

Tatbestand:

Der Kläger, der mit seiner Ehefrau ein Münzfachgeschäft betreibt und im Rahmen seines Geschäftsbetriebes u.a. mit Schmuck- und Wertgegenständen (An- und Verkauf) handelt, hat den Beklagten zu 4) zusammen mit den früheren Beklagten zu 1) bis 3) auf Schadensersatz wegen betrügerischer Schädigung in Anspruch genommen.

Er hat hierzu vorgetragen: Auf Initiative und unter Beteiligung des Beklagten zu 4) sei er am 25. Oktober 1985 durch die Beklagten zu 1) bis 3) zur Hergabe von 80.000 DM gegen sicherheitsweise Überlassung angeblich wertvoller Diamanten veranlaßt worden. Tatsächlich habe es sich um wertlose Steine gehandelt. Ein Teil der erbeuteten 80.000 DM sei an den Beklagten zu 4) gegangen.

Der Kläger hat von den Beklagten zu 1) bis 4) als Gesamtschuldner Zahlung von 80.000 DM nebst Zinsen verlangt.

Gegen die Beklagten zu 1) bis 3) ist auf Antrag des Klägers Versäumnisurteil ergangen.

Der Beklagte zu 4) hat eine Beteiligung an der betrügerischen Handlung der Beklagten zu 1) bis 3) bestritten. Er sei davon ausgegangen, daß dem Kläger echte Steine verkauft worden seien; von einem Austausch der Diamanten gegen wertlose Steine habe er nichts gewußt.



Das Landgericht hat die Klage gegen den Beklagten zu 4) abgewiesen; die hiergegen eingelegte Berufung hat das Oberlandesgericht als unbegründet zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger die Verurteilung des Beklagten zu 4) weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat den Kläger für den Nachweis einer Tatbeteiligung des Beklagten zu 4) für beweisfällig gehalten. Mit den staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsakten, deren Beiziehung der Kläger beantragt habe, könne ein Tatbeitrag des Beklagten zu 4) nicht nachgewiesen werden. Mit ihnen könne allenfalls bewiesen werden, daß die dortigen Beschuldigten St. und P. - die früheren Beklagten zu 2) und 3) - sowie F.- bis zur Abtrennung ebenfalls Beklagter im vorliegenden Verfahren - die bei der Vernehmung beurkundeten Aussagen gemacht hätten. Die vom Kläger beantragte Vernehmung der Beklagten zu 1) bis 3) sowie des F. als Zeugen sei unzulässig. Die Beklagten zu 1) bis 3) seien Partei; F. sei nicht ordnungsgemäß als Zeuge benannt worden, weil seine Ladung unter der angegebenen Anschrift nicht möglich sei.

II.

Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Die Überzeugungsbildung des Berufungsgerichts ist schon dadurch von einem Verfahrensfehler beeinflusst, daß es dem Antrag des Klägers auf Beiziehung der staatsanwalt-schaftlichen Ermittlungsakten nicht stattgegeben hat. Dem Berufungsgericht hat ein ordnungsgemäßer Beweisantrag gemäß §§ 415, 418, 432 ZPO vorgelegen. In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, daß Niederschriften über Zeugenvernehmungen im Wege des Urkundenbeweises verwendet werden können (vgl. Senatsurteile vom 19. Dezember 1969 - VI ZR 128/68 = VersR 1970, 322, 323 sowie vom 19. April 1983 - VI ZR 253/81 = VersR 1983, 667, 668 und vom 12. Februar 1985 - VI ZR 202/83 = NJW 1985, 1470, 1471 jeweils m.w.N.). Das gleiche gilt für Niederschriften über Vernehmungen der gegnerischen Partei im Ermittlungsverfahren (vgl. Senatsurteil vom 24. Oktober 1958 - VI ZR 215/57 = LM § 445 Nr. 3).

Soweit das Berufungsgericht darauf abstellt, die Ermittlungsakten könnten einen Beweis über die Tatbeteiligung des Beklagten zu 4) nicht erbringen, sondern nur den Beweis, daß die dort Beschuldigten bei ihrer Vernehmung bestimmte Aussagen gemacht hätten, handelt es sich um eine unzulässig vorweggenommene Beweiswürdigung. Richtig ist, daß die von dem Kläger in Bezug genommenen Niederschriften über die Aussagen im Ermittlungsverfahren in erster Linie Beweis dafür erbringen, daß und was die dort vernommenen St., F. und P. damals ausgesagt haben. Das heißt aber keineswegs, daß sich der Beweiswert der Urkunde hierin stets erschöpfen muß. Vielmehr kann der Tatrichter daraus, daß und wie ausgesagt worden ist, durchaus auch die Überzeugung von der inhaltlichen Richtigkeit der Aussage gewinnen. Hierüber hat

er sich erst nach Einsicht in die Ermittlungsakten aufgrund einer Beweiswürdigung nach § 286 ZPO schlüssig zu werden, wobei er sich einer Begründung für Zweifel an der Richtigkeit der Aussage nicht schon durch abstrakte Pauschalbewertungen entziehen kann (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli 1981 - III ZR 189/79 = NJW 1982, 580 f.; dazu Hartung VersR 1982, 141 f). Zwar kann dem Urkundenbeweis ein geringerer Beweiswert zukommen als der persönlichen Einvernahme durch das Prozeßgericht; indes kommt das auf die konkreten Umstände an, mit denen sich der Tatrichter erst im Stadium der Beweiserhebung auseinandersetzen kann und muß. Die Ablehnung der Beweiserhebung mit der Unterstellung, daß den in den Ermittlungsakten protokollierten Aussagen Beweiswert für die behauptete Tatbeteiligung des Beklagten zu 4) nicht zukomme, ist eine grundsätzlich unzulässig vorweggenommene Beweiswürdigung (vgl. BGHZ 53, 245, 260).

2. Verfahrensfehlerhaft ist auch die von der Revision gerügte Ablehnung der Einvernahme der Beklagten zu 1) bis 3) durch das Berufungsgericht. Zwar ist ihm darin zu folgen, daß diese Beklagten, solange das Versäumnisurteil mangels Zustellung nicht rechtskräftig ist, Partei sind und somit nicht als Zeugen vernommen werden können. Das Berufungsgericht verkennt jedoch seine prozessuale Fürsorgepflicht, wenn es den Antrag: "Zeugnis: S., P., St." formal auf die Vernehmung der Genannten als Zeugen beschränkt und ihn nicht wenigstens als einen hilfsweise auf Parteivernehmung gerichteten Antrag auslegt. Eine solche Auslegung bzw. ein entsprechender Hinweis nach § 139 ZPO war für das Berufungsgericht auch deswegen veranlaßt, weil sich die Bedeutung des

Beweisantritts, jedenfalls was die Einvernahme der Beklagten zu 2) und 3) angeht, schon aus dem Antrag auf Beiziehung der u.a. diese beiden Beklagten betreffenden Ermittlungsakten ergibt (vgl. Senatsurteil vom 19. April 1983 aaO).

3. Keinen Bestand haben kann das Berufungsurteil aber auch insoweit, als das Berufungsgericht den Antrag auf Vernehmung des Zeugen F. als unzulässig zurückgewiesen hat, weil seine Ladung unter der angegebenen Anschrift nicht möglich sei.

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob mit der Benennung des Zeugen F. in der Berufungsbegründung nicht schon ein ordnungsgemäßer Beweisantrag vorlag. Auch das Berufungsgericht ist für die Anschrift des Zeugen von den Angaben in der Klageschrift ausgegangen. Zu erwägen war hier, die Ladung - auch wenn seinerzeit die Zustellung der Klage an F. mit dem Vermerk "unbekannt verzogen" zurückgekommen ist - wegen der Möglichkeit, daß das Zustellungshindernis zwischenzeitlich beseitigt worden war, erneut an dieselbe Adresse zu versuchen.

Jedenfalls aber durfte das Berufungsgericht - auch wenn man seiner Ansicht folgt, der Beweisantrag sei insoweit unvollständig gewesen - diesen nicht ohne weiteres übergehen. Es hatte zuvor dem Kläger Gelegenheit zur Mitteilung der ladungsfähigen Anschrift des Zeugen F. zu geben.

Grundsätzlich ist für die Beibringung einer ladungsfähigen Anschrift eine Frist nach § 356 ZPO zu bestimmen. Erst nach ergebnislosem Ablauf dieser Frist darf das Beweismittel zurückgewiesen werden (vgl. BGH, Urteile vom 11. Dezember 1972 - III ZR 129/70 = VersR 1973, 249, 251 und vom 5. November 1973 - II ZR 165/72 = NJW 1974, 188).

Wenn das Berufungsgericht dafür, daß es von einer Auflage nach § 356 ZPO abgesehen hat, sich auf eine Verzögerung des Rechtsstreits beruft, so trägt dies ebenfalls nicht die Zurückweisung des Rechtsmittels. Unabhängig davon, daß aufgrund entsprechender Hinweise an den Kläger bei Terminsbestimmung möglicherweise eine Beweisaufnahme noch im Termin zur mündlichen Verhandlung hätte durchgeführt werden können, kann selbst eine Verzögerung des Rechtsstreits es nicht rechtfertigen, von der Anordnung der Beibringung Abstand zu nehmen. Das folgt aus § 356 ZPO, nach dem es vor Zurückweisung des Beweismittels wegen Verzögerung des Verfahrens der Bestimmung einer Beibringungsfrist und ihres fruchtlosen Ablaufs bedarf. Die Zurückweisung des Klägers mit dem Beweismittel ohne Setzung der erforderlichen Ausschlußfrist stellt daher einen Verfahrensfehler dar (vgl. Senatsurteil vom 24. Februar 1981 - VI ZR 168/79 = NJW 1981, 1319).

4. Auf den dargetanen Verfahrensfehlern beruht das Berufungsurteil. Es war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Steffen

Dr. Macke

Dr. Lepa

Bischoff

Dr. Birkmann