

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V_ZR_172/68

URTEIL

Verkündet am
24. März 1971

Justizsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Witwe Mathilde N [REDACTED] geb. K [REDACTED]
in R [REDACTED] Nr. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Frau Erika W [REDACTED] geb. E [REDACTED] in Z [REDACTED]
Nr. [REDACTED], Gemeinde M [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. März 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Freitag, Hill, Offterdinger und Dr. Grell für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München mit dem Sitz in Augsburg vom 16. Mai 1968 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin war Eigentümerin des Anwesens U- Haus Nr. 22/2. In einem "Darlehens- und Bierlieferungsvertrag" vom 18. April 1960 mit dem Besitzer der Engelbrauerei R., W. (im folgenden: Brauerei), verpflichtete sie sich als Gegenleistung dafür, daß die Brauerei ihr ein Darlehen bis zu 30 000 DM zwecks Umbaus des Anwesens in eine Gaststätte besorgte, mindestens bis zum Jahre 1972 den Betrieb einer Bierwirtschaft aufrechtzuerhalten und das gesamte Bier bei Vermeidung einer Vertragsstrafe von der Brauerei zu beziehen. Beide Parteien verpflichteten sich, den "Vertrag auf ihre Rechts- oder Eigentumsnachfolger zu übertragen und diese zur weiteren Erfüllung des Vertrags zu verpflichten".

- 3 -

In einem weiteren Vertrag vom 19. März 1962 übernahm die Brauerei die Begleichung von Inventarrechnungen der Klägerin in Höhe von 7 822,50 DM unter Umwandlung der daraus sich ergebenden Forderung in ein Darlehen, das durch die Klägerin mittels eines Aufpreises auf die Bierlieferungen abzutragen war. Der Vertrag vom 18. April 1960 sollte nunmehr bis zum Jahre 1977 laufen.

Durch notariellen Vertrag vom 26. April 1966 verkaufte die Klägerin das Anwesen für 105 000 DM an die Beklagte. Es hieß in dem Vertrag weiter, die "Gastwirtschaftsein- und Vorrichtung" sei nicht mitverkauft. Die Gastwirtschaft werde zur Zeit nicht betrieben.

Die Klägerin hat von der Beklagten im ersten Rechtszug Freistellung von ihren Verbindlichkeiten gegenüber der Brauerei aus den Verträgen vom 18. April 1960 und 19. März 1962 verlangt. Sie behauptet, sie habe vor Abschluß des Vertrags vom 26. April 1966 mit der Beklagten mündlich vereinbart, daß diese die genannten Verpflichtungen übernehme.

Die Beklagte behauptet, sie habe eine solche Vereinbarung ausdrücklich abgelehnt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Im Berufungsrechtszug hat die Klägerin mit der Begründung, sie sei inzwischen in einem anderen Rechtsstreit zur Zahlung von 7 322,50 DM an die Brauerei auf Grund



des Vertrags vom 19. März 1962 verurteilt worden, von der Beklagten Erstattung dieses Betrags nebst Zinsen, ferner Freistellung von ihren Verbindlichkeiten aus dem Vertrag vom 18. April 1960 begehrt. Ihre Berufung ist erfolglos geblieben.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

I.

1. Das Berufungsgericht hat in seiner Hauptbegründung die Klage als unschlüssig abgewiesen.

Nach dem Vortrag der Klägerin sei, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, die Beklagte die streitige Verpflichtung im Rahmen eines Grundstückskaufvertrags eingegangen; diese habe daher nach § 313 BGB notarieller Beurkundung bedurft. Da die behauptete Schuldübernahme in den notariellen Vertrag aber nicht aufgenommen worden sei, sei sie formnichtig (§ 125 BGB). Heilung des Formmangels durch Auflassung und Eintragung (§ 313 Satz 2 BGB) sei von der Klägerin nicht behauptet.

2. Die Revision entnimmt folgendem Sachverhalt eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht durch das Berufungsgericht (§ 139 ZPO):

In der letzten mündlichen Verhandlung am 18. April 1968 vor dem Berufungsgericht richtete der Berichterstatter an die Anwälte die Frage, ob der Vertrag vom 26. April 1966 vollzogen sei. Beide Seiten konnten darauf keine Erklärung abgeben; sie teilten aber nach der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze vom 3. und 6. Mai 1968 mit, der Vertrag sei im Oktober 1966 im Grundbuch vollzogen worden. Nachdem beide Parteien, so macht die Revision geltend, in den Vorinstanzen von der Gültigkeit des Vertrags ausgegangen seien und die Umstände für die vorangegangene Vollziehung des Vertrags gesprochen hätten habe das Berufungsgericht nicht erst - für beide Seiten überraschend - in der letzten mündlichen Verhandlung die bezeichnete Frage stellen dürfen, sondern habe sie so rechtzeitig an den Prozeßbevollmächtigten der Klägerin richten müssen, daß dieser die entsprechende Information frühzeitig genug habe einholen können.

Ob die Hauptbegründung des angefochtenen Urteils diesen Angriffen standhält, braucht jedoch nicht geprüft zu werden, da jedenfalls die nachfolgend erörterte Hilfsbegründung keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken unterliegt.

II.

1. In seiner Hilfsbegründung hat das Berufungsgericht die Voraussetzungen einer Heilung des Formmangels nach § 313 Satz 2 BGB unterstellt. In diesem Fall scheitert die Klage nach Ansicht des Berufungsgerichts daran, daß

die Klägerin hinsichtlich des Abschlusses der streitigen Vereinbarung beweisfällig geblieben sei.

Das Berufungsgericht schließt sich der Beweiswürdigung durch das Landgericht an. Es wertet als gegen den Vortrag der Klägerin sprechend, daß der die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit genießende notarielle Vertrag über die streitige Vereinbarung nichts enthalte. Vielmehr sei darin niedergelegt, daß die - gemäß Vertrag vom 19. März 1962 mindestens zum Teil durch die Brauerei bezahlte - Gastwirtschaftseinrichtung nicht an die Beklagte mitverkauft sei. Dies spricht nach Ansicht des Berufungsgerichts dafür, daß die Beklagte mit den Verträgen, die die Klägerin mit der Brauerei abgeschlossen hatte, nichts zu tun haben wollte. Zu den Aussagen der durch das Landgericht uneidlich vernommenen vier Zeugen weist das Berufungsgericht darauf hin, daß zwar die Zeugen M. und Me. (Schwiegersohn der Klägerin) u.a. das durch die Beklagte und ihren Ehemann erklärte Einverständnis mit der Übernahme der Brauereiverträge bestätigt hätten. Diesen Aussagen stellt das Berufungsgericht aber die der Zeugen W. (Ehemann der Beklagten) und G. (als Makler in die Verhandlungen eingeschaltet) gegenüber, wonach die Beklagte den Eintritt in die Brauereiverträge ausdrücklich abgelehnt und sich nur zu Verhandlungen mit der Brauerei über den Neuabschluß eines für sie günstigeren Biervertrags bereiterklärt habe. Dabei geht es von einem eigenen Interesse des Zeugen W. an einem für die Beklagte günstigen Ausgang des Rechtsstreits aus, glaubt aber über die "klare Aussage" des Zeugen G., der

"eindeutig den Sachvortrag der Beklagten bestätigt" habe, nicht hinweggehen zu können. Von einer erneuten Vernehmung hat es nach § 398 ZPO abgesehen.

2. Die Revision macht dem Berufungsgericht unter Hinweis auf das Urteil BGHZ 43, 368 den Vorwurf, es habe nicht beachtet, daß es nach den in dieser Entscheidung entwickelten Grundsätzen die Zeugen habe beeidigen müssen, um die gegebenen Möglichkeiten zur Aufklärung des Sachverhalts auszuschöpfen.

Die Rüge hat keinen Erfolg.

a) Die Vorschrift des § 391 ZPO stellt die Beeidigung eines Zeugen, falls nicht die Parteien auf sie verzichtet haben, grundsätzlich in das Ermessen des Richters: Er hat zu beeidigen, falls er dies "mit Rücksicht auf die Bedeutung der Aussage oder zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage für geboten erachtet". Die tatrichterliche Ermessensausübung ist in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachzuprüfen, und zwar unter dem Gesichtspunkt, ob der Tatrichter die Grenzen des Ermessensspielraums verkannt oder sein Ermessen mißbräuchlich ausgeübt und dadurch das Recht verletzt hat. Wie die Grenzen des tatrichterlichen Ermessens abzustecken sind, wird in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beurteilt:

In der von der Revision für ihre Auffassung ins Feld geführten Entscheidung BGHZ 43, 368 hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs an sein Urteil vom 24. Fe-

bruar 1965 - IV ZR 90/64 - anknüpfend die Auffassung vertreten, eine am Gesetzeszweck ausgerichtete Auslegung des § 391 ZPO ergebe, daß in der Regel die Beeidigung erforderlich sei, wenn die Aussage für die Entscheidung erheblich sei, die Glaubwürdigkeit des Zeugen jedoch Bedenken unterliege. Die Beurteilung des Beweiswerts einer beeideten Zeugenaussage ist nach dieser Entscheidung erst nach Anordnung der Beeidigung und der Feststellung der Reaktion des Zeugen auf die Anordnung möglich. Anders sei es nur dann, wenn auf Grund besonderer konkreter Umstände schwerwiegende Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen begründet seien oder andere Tatsachen den Beweiswert der Aussage von vornherein erheblich minderten oder der Aussage ihre Bedeutung nähmen, wenn etwa beeidete, das Gegenteil bekundende Aussagen anderer Zeugen oder der Parteien vorlägen. Das Gericht überschreite die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens, wenn es ohne konkrete Anhaltspunkte für die Unglaubwürdigkeit oder Zweifelhaftigkeit auch der beeideten Zeugenaussage den an sich erheblichen Bekundungen eines Zeugen den Beweiswert abspreche, ohne die Beeidigung der Aussage verlangt zu haben.

Gegen diese Auffassung sind im Schrifttum Bedenken erhoben worden (Grunsky, ZZP 79, 143; Egon Schneider, MDR 1969, 429; Thomas/Putzo, ZPO 4. Aufl. § 391 Anm. 1 c; zustimmend dagegen Herbert Schneider, NJW 1966, 333; vgl. auch die bei IM ZPO § 391 zu Nr. 1 abgedruckte Anmerkung von Johannsen). Sie laufen im wesentlichen darauf hinaus, daß jene Auffassung den Tatrichter in der Ausübung des ihm eingeräumten Ermessens zu sehr einenge, die Eignung

des Eides zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage überschätze und damit dem Zweck der - auf der Zivilprozeßnovelle aus dem Jahr 1933 beruhenden - derzeitigen Fassung des § 391 ZPO, das Übermaß an Eidesleistungen einzudämmen, zuwiderlaufe.

b) Der vorliegende Fall gibt zu einer näheren Erörterung dieser Bedenken keinen Anlaß.

Wie schon der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 13. Juli 1967, III ZR 204/65, DRiZ 1967, 361 hervorgehoben hat, müssen die in BGHZ 43, 368 angeführten Beispiele für Umstände, bei deren Vorliegen der Tatrichter von der Beeidigung absehen kann, im Zusammenhang des damals zur Entscheidung stehenden Falls gesehen werden. Das Urteil enthält so gesehen keine Abweichung von dem in § 391 ZPO zum Ausdruck kommenden Grundsatz, daß die Zeugen im Zweifel unbeeidet bleiben und eine Beeidigung nur aus besonderen Gründen geboten ist. Dies folgt auch daraus, daß in der Entscheidung ausdrücklich betont wird, das Urteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 24. November 1951, II ZR 65/51 - mit einem nicht vom Senat formulierten Leitsatz NJW 1952, 384 wiedergegeben - stehe nicht entgegen. In jenem Urteil (S. 9 ff) hatte der II. Zivilsenat - an die Entscheidung OGHZ 1, 226 = NJW 1949, 146 anknüpfend - ausgeführt, die Beeidigung eines Zeugen unterliege grundsätzlich freiem richterlichen Ermessen, das einer weiteren Begründung nicht bedürfe. Davon ausgehend hatte der II. Zivilsenat nicht beanstandet, daß das Berufungsgericht sich nicht

schon durch miteinander nicht zu vereinbarende Zeugenaussagen über einen entscheidungserheblichen Punkt zur Anordnung der Beeidigung veranlaßt gesehen hatte.

Auch nach der Auffassung des erkennenden Senats braucht das Berufungsgericht nicht zu begründen, weshalb es von der Beeidigung eines Zeugen - bei uneideten Zeugenvernehmungen durch das Landgericht: von der Nachholung der Beeidigung - abgesehen hat. Macht die Revision geltend, der Tatrichter habe auf Grund von Erwägungen, die über die Grenzen des tatrichterlichen Ermessens hinaus gingen oder einen Ermessensmißbrauch darstellten, einen Zeugen nicht beeidigt, so muß sie dies im einzelnen darlegen und im Falle des Bestreitens nachweisen. Bei einander widersprechenden Zeugenaussagen gilt dies jedenfalls dann, wenn das Berufungsgericht seine tatrichterliche Überzeugung maßgeblich auf andere Umstände als die - mit der inneren Glaubhaftigkeit nicht gleichzusetzende - Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen gestützt haben kann.

c) Im vorliegenden Fall hat nur das Landgericht zur Frage der Beeidigung Stellung genommen, indem es in den Entscheidungsgründen eine Beeidigung als zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage nicht geboten bezeichnet hat. Das Berufungsgericht hat dazu keine eigene Begründung gegeben, sondern nur allgemein auf die "zutreffende Beweismwürdigung" des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.

Das Vorbringen der Revision ergibt nicht, daß das Absehen von der Beeidigung hier auf einem Ermessensfehler beruhte. Ein solcher Rechtsverstoß kann insbesondere nicht schon daraus entnommen werden, daß zu einem entscheidungserheblichen Punkt einander widersprechende Zeugenaussagen vorlagen. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei dem Inhalt des schriftlichen Vertrags besondere Bedeutung eingeräumt; außerdem hat es im Rahmen der Gesamtwürdigung auf die Aussage des Zeugen G■■■■■, der schon nach Ansicht des Landgerichts als einziger den Verlauf der Kaufverhandlungen und des Vertragsschlusses in überzeugender Darstellung hatte schildern können und dessen Aussage im Berufungsurteil als "klar" und als eindeutige Bestätigung des Vortrags der Beklagten bezeichnet wird, ersichtlich insbesondere deshalb mit besonderem Nachdruck hingewiesen, weil es sie wegen ihrer inneren Glaubhaftigkeit auch ohne ihre Erhärtung durch den Zeugeneid als unüberwindbares Hindernis für den der Klägerin obliegenden Beweis angesehen hat. Auch darin tritt kein Rechtsirrtum zutage.

Die Revision meint schließlich, eine Beeidigung sei wegen des folgenden Widerspruchs in den Aussagen der Zeugen W■■■■■ und G■■■■■ erforderlich gewesen: Während die Beklagte nach der Aussage Wagner auf einen Kaufpreis von 105 000 DM statt von 100 000 DM unter der "Bedingung" eingegangen sei, daß sie dann mit den Brauerverträgen nichts zu tun habe, habe G■■■■■ eine solche Begründung in Abrede gestellt. Die Revisionsrüge scheitert schon daran, daß aus den oben dargelegten Gründen ein

Widerspruch zwischen den Aussagen mehrerer Zeugen den Tatrichter auch dann nicht ohne weiteres zur Beeidigung zwingt, wenn es um einen entscheidungserheblichen Punkt geht. Hier handelte es sich zudem allenfalls um ein Indiz für die Glaubwürdigkeit der Zeugen. Im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens konnte das Berufungsgericht es frei würdigen und insoweit auch frei darüber entscheiden, ob es ihm Anlaß zur Beeidigung gab.

3. Die Revision legt dem Berufungsgericht weiter zur Last, es habe zu Unrecht angenommen, die im Berufungsrechtszug durch die Klägerin vorgetragene, in das Wissen der schon im ersten Rechtszug vernommenen Zeugen M. und Me. gestellten Tatsachen seien im Kern die gleichen wie die schon im ersten Rechtszug behaupteten gewesen. Es habe deshalb nicht nach § 398 ZPO von der erneuten Vernehmung dieser Zeugen absehen dürfen.

Die Rüge ist nicht begründet.

Beide Zeugen waren im ersten Rechtszug allgemein über das Zustandekommen der streitigen mündlichen Vereinbarung vernommen worden; der Zeuge M. hatte dabei u.a. auch eine während der Vertragsverhandlungen gefallene Äußerung des Ehemanns der Beklagten gegenüber der Klägerin bekundet, diese werde "sicher von der Engelbrauerei Rettenberg nichts mehr hören wegen der Verträge". Me. hatte u.a. eine Äußerung der Beklagten und ihres Ehemanns bekundet, sie kämen mit dem Inhaber der Brauerei klar, weil sie vorher dort gewesen seien. - Bei dieser Sachlage konnte

das Berufungsgericht die im Berufungsrechtszug vorgebrachten, von der Revision in diesem Zusammenhang bezeichneten Behauptungen der Klägerin irrtumsfrei als bloße Wiederholung eines schon im ersten Rechtszug zum Gegenstand der Zeugenvernehmung gemachten klägerischen Vorbringens werten. Davon abgesehen handelte es sich auch hier lediglich um Indizien. Soweit das Berufungsgericht im Rahmen des ihm zustehenden tatrichterlichen Ermessens diese nicht als erheblich ansah, brauchte es darüber auch nicht Beweis zu erheben.

4. Die Revision vermißt in dem angefochtenen Urteil zu Unrecht eine Würdigung des Tatsachenstoffs unter dem rechtlichen Gesichtspunkt eines schon vor dem Grundstückskaufvertrag abgeschlossenen Garantievertrags des Inhalts, daß die Klägerin aus den Brauereiverträgen nicht mehr in Anspruch genommen werde. Auf der Grundlage der von ihm rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob zwischen den Parteien etwa außerhalb des Grundstücksvertrags ein selbständiges Garantieverprechen (vgl. dazu BGH Urteil vom 31. Januar 1962, VIII ZR 207/61, BB 1962, 234 mit weiteren Nachweisen; Soergel/Ballerstedt, BGB 10. Aufl. Vorbem. 23 vor § 459) zustandegekommen sei.

Das gleiche gilt, soweit die Revision sich auf eine Haftung der Beklagten auf Grund Verschuldens bei Vertragsverhandlungen beruft. Zudem kann unter diesem Gesichtspunkt, wie auch die Revision nicht verkennet, in der Regel nur Ersatz des Vertrauensschadens verlangt wer-

den. Hier aber verlangt die Klägerin mit dem Zahlungsanspruch Ersatz des Erfüllungsinteresses, mit dem Freistellungsanspruch Vertragserfüllung. Für Ansprüche dieses Inhalts wäre hier auch dann kein Raum, wenn die Feststellungen des Berufungsgerichts ein Verschulden der Beklagten bei Vertragsverhandlungen ergäben.

III.

Das angefochtene Urteil weist auch im übrigen keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Klägerin auf. Ihre Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Dr. Freitag

Hill

Zugleich für den beur-
laubten und ortsabwesen-
den Bundesrichter Dr. Grell

Offterdinger