

V. ZR. 237/56

Verkündet am 7. Mai 1958
Symalla, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Landes Rheinland-Pfalz, vertreten durch die Oberfinanz-
direktion in Koblenz,

Klägers, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

g e g e n

die Firma S [REDACTED] H [REDACTED] und T [REDACTED] GmbH in F [REDACTED] (
Zweigstelle K [REDACTED] in K [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED]
vertreten durch ihren Geschäftsführer, Dipl.-Kaufmann Richard
S [REDACTED] in F [REDACTED] (
[REDACTED]), H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 7. Mai 1958 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Augustin, Schuster, Dr. Rothe,
Dr. Freitag und Dr. Mattern

für Recht erkannt:

Auf die Revision des klagenden Landes
wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts in Neustadt/Weinstraße vom
17. Februar 1956 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung an den 2. Zivilsenat
des Berufungsgerichts zurückverwiesen, dem
auch die Entscheidung über die Kosten des
Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte, ein Hoch- und Tiefbau-Unternehmen, wandte sich im Herbst 1951, nachdem sie bereits Bauarbeiten für die damalige amerikanische Besatzungsmacht ausgeführt hatte, an den amerikanischen Staatsangehörigen Robert Norman H[REDACTED], der über gute Beziehungen zu den maßgeblichen Besatzungs-Dienststellen verfügte, und bat ihn, ihr zur Erlangung von weiteren derartigen Bauaufträgen behilflich zu sein. Harms versprach, sich für sie zu verwenden. In der Folgezeit wurden der Beklagten bei größeren amerikanischen Bauvorhaben in der Gegend von K[REDACTED] und Z[REDACTED] Aufträge über rund 20 Millionen D-Mark erteilt. Sie zahlte im März 1952 an H[REDACTED] 14 000 DM und im Mai 1952 weitere 50 000 DM.

In der Zeit von Mai bis Oktober 1952 errichtete die Beklagte auf einem der Ehefrau H[REDACTED] gehörigen Grundstück in der Nähe von K[REDACTED] (Grundbuch von N[REDACTED] Band [REDACTED] Blatt [REDACTED]) ein Wohnhaus. Die Bausumme, die man zunächst schriftlich ("Werk- und Lieferungsvertrag" vom 8. Mai 1952) auf 45 860 DM festgelegt hatte, wurde infolge von Änderungswünschen der Eheleute H[REDACTED] im Verlauf der Bauausführung erheblich überschritten und belief sich - zumal da die Beklagte auch die Kosten der Baumaterialien sowie der Inneneinrichtung des Hauses aus eigener Tasche an die Lieferfirmen entrichtete - schließlich auf 227 900 DM. In dieser Höhe erkannte mit Zustimmung ihres Ehemannes die Ehefrau H[REDACTED] durch notarielle Urkunde vom 30. Oktober 1952 ihre Zahlungspflicht gegenüber der Beklagten an, unterwarf sich der sofortigen Zwangsvollstreckung und bewilligte die Eintragung einer erstrangigen Sicherungshypothek. Die Hypothek wurde am 4. Dezember 1952 zugunsten der Beklagten eingetragen. Zur weiteren

- 3 -

Sicherung übereigneten die Eheleute H. der Beklagten am 8. Januar 1953 Möbel und Einrichtungsgegenstände.

Das klagende Land Rheinland-Pfalz hatte gegen die Eheleute H. rückständige Steuerforderungen in Höhe von insgesamt 124 622 DM; wegen dieses Anspruchs erwirkte das Finanzamt Kaiserslautern im Frühjahr 1953 die Eintragung einer Zwangshypothek im Range nach der Sicherungshypothek der Beklagten. Inzwischen war auf deren Antrag die Zwangsversteigerung des Grundstücks eingeleitet worden (K 7/53 Amtsgericht Kaiserslautern). Die Beklagte blieb Meistbietende und erhielt das Grundstück für 60 500 DM zugeschlagen. Von dem Versteigerungserlös sollte sie laut vorläufigem Teilungsplan 60 277,36 DM erhalten. Hiergegen erhob das Land, das mit seiner Zwangshypothek ausgefallen war, durch das Finanzamt im Verteilungstermin vom 8. September 1953 Widerspruch. Das Versteigerungsgericht übertrug daraufhin, da die Beklagte als Ersteherin den Erlös bisher weder bar bezahlt noch hinterlegt hatte, die Forderung gegen sie in Höhe von 60 277,36 DM unter der Bedingung dem Finanzamt, daß es bis zum 8. Oktober 1953 Klage gegen die Ersteherin erhebe und daß in diesem Prozeß der Anspruch des Landes auf den zur Verteilung kommenden Erlös rechtskräftig festgestellt werde.

Mit der am 6. Oktober 1953 eingereichten Klage, die der Beklagten am 15. Oktober 1953 zugestellt worden ist, hat das Land beantragt, dahin zu erkennen, daß die bedingt übertragene Forderung aus der Teilungsmasse nebst Zinsen ihm, dem Kläger, zustehe. Das Schuldanerkenntnis der Ehefrau H. vom 30. Oktober 1952 und die hierauf beruhende Hypothekenbestellung seien nur zum Schein erfolgt. Die Be-



klagte habe sich H. gegenüber verpflichtet gehabt, ihm als Vergütung für die Vermittlung von Bauaufträgen der Besatzungsmacht eine Provision von 2 % zu zahlen. Da die Aufträge sich auf rund 20 Millionen D-Mark belaufen hätten, errechne sich ein Provisionsanspruch von 400 000 DM. Zur Abgeltung eines Teiles dieses Anspruchs habe die Beklagte - außer den Barzahlungen von insgesamt 64 000 DM - sich bereit erklärt, auf dem Grundstück der Ehefrau H. kostenlos ein Haus zu errichten, wobei sie zugleich die Verpflichtung übernommen habe, die Lieferfirmen zu bezahlen sowie das Mobiliar und die sonstige Innenausstattung auf eigene Kosten zu beschaffen. Um die Steuerfahndungsstellen und die für die Überwachung der Besatzungsbauten zuständigen amerikanischen und deutschen Behörden zu täuschen, seien H. und die Beklagte übereingekommen, durch Ausstellung von Rechnungen nach außen den Anschein zu erwecken, als müsse H. das Haus und seine Einrichtung ordnungsgemäß bezahlen. Auch das Schuldanerkennntnis, die Hypothekenbestellung und der Sicherungsübereignungsvertrag hätten nur den Zweck gehabt, der Beklagten eine "pro forma"-Sicherung zu geben und einen Zugriff der Finanzbehörde auf das Haus zu verhindern. Die Beteiligten seien sich darüber einig gewesen, daß das Anwesen nach wie vor unbelastet im Eigentum der Ehefrau H. verbleiben solle. Erst später sei die Beklagte anderen Sinnes geworden und habe sich nunmehr an die Vereinbarungen mit H. nicht mehr gehalten; so erkläre sich ihr Zwangsversteigerungsantrag. Zum Beweise für diese Sachdarstellung hat der Kläger sich auf das Zeugnis der Eheleute H. berufen und unter Vorlegung von Protokollabschriften geltend gemacht, daß diese bereits bei ihren Vernehmungen durch deutsche und amerikanische Dienststellen in dem angegebenen

Sinne ausgesagt hätten; die Richtigkeit der Klagebehauptungen ergebe sich auch aus einem auf Tonband aufgenommenen Gespräch zwischen H[REDACTED] und dem Geschäftsführer der Beklagten.

Die Beklagte, die um Klageabweisung bittet, hat die Klage als verspätet erhoben bezeichnet und erachtet sie auch sachlich für unbegründet. Dem Hausbau habe ein ernstgemeinter Bauauftrag zugrunde gelegen. H[REDACTED] sei keine Provision zugesagt worden. Ob und inwieweit er überhaupt eine Tätigkeit für sie, die Beklagte, entfaltet habe, lasse sich nicht feststellen; mit ihren Zahlungen an H[REDACTED] vom Frühjahr 1952 habe sie allein den Zweck verfolgt, sich den immerhin einflußreichen Mann nicht zum Feinde zu machen. Von einer Verrechnung der Baukosten auf eine Provision sei niemals die Rede gewesen. Sie habe über sämtliche Bauarbeiten genau Buch geführt und H[REDACTED] im Juni 1952 eine Zwischenrechnung und nach Fertigstellung des Baues ordnungsgemäß Schlußrechnung erteilt. Erst mangels Zahlung sei es zur Errichtung der Urkunde vom 30. Oktober 1952 und dann zur Zwangsversteigerung gekommen. Bei der Hypothekenbestellung handele es sich also keineswegs um ein Scheingeschäft. Wenn H[REDACTED] bei einzelnen Vernehmungen etwas Abweichendes angegeben habe, so entsprächen diese Angaben nicht den Tatsachen. Einer Verwertung der Tonbandaufnahme im Prozeß werde widersprochen. Im übrigen habe H[REDACTED] kurz vor seiner Rückkehr nach den Vereinigten Staaten alle früheren Aussagen mündlich gegenüber ihrem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten in K[REDACTED] widerrufen und diesen Widerruf am folgenden Tage in F[REDACTED] in einer notariell beglaubigten Erklärung wiederholt.

Der Kläger hat erwidert, H. [REDACTED] habe die Erklärungen in K. [REDACTED] und F. [REDACTED] nur gefälligkeitshalber abgegeben, weil er wegen seiner bevorstehenden Ausreise in Geldschwierigkeiten gewesen sei und der Geschäftsführer der Beklagten ihm, falls er seine früheren Aussagen widerrufe, einen Zuschuß zu den Reisekosten in Höhe von 1 000 DM zugesagt habe; erst nach Aushändigung des Geldes in Frankfurt sei der schriftliche Widerruf erfolgt. H. [REDACTED] habe später in Amerika bei erneuter Vernehmung vor einer Dienststelle der amerikanischen Luftstreitkräfte diesen Hergang im einzelnen geschildert und seine ursprünglichen Angaben als richtig bezeichnet.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen.

Mit seiner Revision erstrebt das klagende Land die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

1. Die Beklagte hat ihren Einwand, daß die auf § 115 ZVG in Verbindung mit § 878 ZPO gestützte Klage verspätet erhoben worden und deshalb verfahrensrechtlich unzulässig sei, in den Rechtsmittelinstanzen nicht wiederholt. Der Einwand greift, wie das Landgericht zutreffend angenommen hat, bereits aus dem Grunde nicht durch, weil die Klageschrift rechtzeitig innerhalb der Monatsfrist bei Gericht eingegangen ist und ihre Zustellung "demnächst", nämlich neun Tage später stattgefunden hat (§ 261 b Abs. 3 ZPO). Es erübrigt sich daher eine Erörterung darüber, ob der

Grundsatz, daß Nichteinhaltung der Frist des § 878 Abs. 1 Satz 1 ZPO solange nichts schadet, als der Verteilungsplan noch unausgeführt ist (BGHZ 21, 30, 31 mit Nachweisungen; unabgekürzt abgedruckt WM 1956, 1023, 1024), auch in Fällen wie dem hier vorliegenden anwendbar sei, wo dem widersprechenden Gläubiger die Forderung gegen den Ersterer unter einer auflösenden Bedingung übertragen worden ist.

2. Der Widerspruch gegen den Verteilungsplan ist dann begründet, wenn dem klagenden Land der Nachweis gelingt, daß die für die Beklagte eingetragene Sicherungshypothek von 227 900 DM nicht besteht, da in diesem Falle seine eigene Zwangshypothek die erste Rangstelle einnehmen würde. Ob die der Zwangshypothek zugrunde liegenden Steuerforderungen aus Einkünften der Vollstreckungsschuldnerin Hedwig H. selbst oder aus solchen ihres Ehemannes Robert Norman H. herühren, hat das Berufungsgericht unter Hinweis auf den zu der fraglichen Zeit geltenden Grundsatz der gemeinsamen Veranlagung von Ehegatten (§ 26 des Einkommensteuergesetzes in der Fassung vom 17. Januar 1952, EGBI I 33) und auf die sich daraus ergebende gesamtschuldnerische Haftung der Eheleute H. (§ 7 Abs. 2 des Steueranpassungsgesetzes vom 16. Oktober 1934, RGBI I 925) mit Recht dahingestellt gelassen.

Das Nichtbestehen der Sicherungshypothek wird vom Kläger damit begründet, daß ihre Bestellung seitens der Ehefrau H. ein Scheingeschäft gewesen und infolgedessen nach § 117 BGB nichtig sei; zum mindesten aber sei sie wegen Vorliegens der Voraussetzungen der §§ 3 Abs. 1 Nr. 1 und 3, 7 AnfG ihm gegenüber unwirksam. Er hat dazu vorgetra-

gen, zwischen den Eheleuten H[REDACTED] und der Beklagten habe Einverständnis darüber bestanden, daß letztere die Errichtung des Hauses auf dem Grundstück der Ehefrau H[REDACTED] unentgeltlich ausführen sollte.

Ob die Richtigkeit dieser Behauptung erwiesen werden kann, ist in der Tat die Kernfrage des Prozesses. Wenn das Berufungsurteil gegen Anfang seiner Entscheidungsgründe (S. 12) darauf abstellt, ob H[REDACTED] und die Beklagte eine Provisionsvereinbarung auf der Grundlage von 2 % der vermittelten Bauaufträge getroffen hätten und ob das Haus alsdann abredegemäß in Verrechnung auf eine Provisionsforderung des H[REDACTED] von 400 000 DM errichtet worden sei, so ist diese Fragestellung zu eng. Zwar ist es richtig, daß bei einer solchen Abrede zwischen H[REDACTED] und der Beklagten die letztere im Zeitpunkt der Hypothekenbestellung keine zu sichernde Baukostenforderung gehabt hätte, - woran auch, wie in dem angefochtenen Urteil zutreffend ausgeführt wird, eine Nichtigkeit der Provisionsvereinbarung wegen Verstoßes gegen § 12 UWG in Verbindung mit § 134 BGB oder wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB aus dem Grunde nichts ändern würde, weil in der Errichtung des Hauses die Gewährung eines "Schmiergeldes" von Seiten der Beklagten liegen würde und diese gemäß § 817 Satz 2 BGB mit Rücksicht auf ihr eigenes sittenwidriges Verhalten (RGZ 136, 359, 360) nicht zur Rückforderung des Geleisteten berechtigt wäre. Aber der Abschluß einer Provisions- und Verrechnungsabrede ist nicht, wie das Berufungsgericht möglicherweise geglaubt hat, der einzige Tatbestand, aus dem auf das Vorliegen eines Scheingeschäfts geschlossen werden könnte. Eine entsprechende Schlußfolgerung ließe sich vielmehr unter Umständen auch ohne eine derartige Abrede ziehen, sofern feststünde, daß

die Beklagte und die Eheleute H. sich über die Kostenlosigkeit der Hauserrichtung einig gewesen seien. Des im Berufungsurteil erwähnten Umweges über zwei einander gegenüberstehende Forderungen - einerseits auf Provision und andererseits auf Werklohn -, die dann erst durch Aufrechnung zum Erlöschen gebracht werden mußten (§ 389 BGB), bedarf es also nicht unbedingt, um zu der Feststellung zu gelangen, daß die Hypothek lediglich zum Schein bestellt worden sei. Ob das Berufungsgericht sich dessen bewußt gewesen ist oder ob es der Auffassung war, der Kläger müsse, wenn er mit seinem Widerspruch Erfolg haben wolle, das Zustandekommen einer fest umrissenen Provisionsvereinbarung - etwa gar mit dem ganz konkreten Inhalt von 2 % der durch H. vermittelten Bauaufträge - nachweisen, lassen die Urteilsausführungen nicht klar erkennen. Das mag indessen auf sich beruhen. Denn auch wenn die Vorinstanz zutreffend davon ausgegangen sein sollte, es genüge bereits Einigsein der Beteiligten über die Unentgeltlichkeit des Hausbaues, kann gleichwohl ihre Entscheidung, wie im folgenden darzulegen sein wird, nicht aufrechterhalten werden.

3. Das Berufungsgericht erachtet den Kläger für beweisfällig. Nach seiner Auffassung erweckt zwar das Verhalten der Beklagten in verschiedener Hinsicht den Verdacht, daß sie den Bauauftrag des H. kostenlos übernommen habe; angesichts der "erheblichen Zweifel", die gegen die Richtigkeit ihrer Sachdarstellung bestünden, hat es ausdrücklich davon Abstand genommen, die Beklagte von Amts wegen als Partei zu vernehmen (§ 448 ZPO). Auf der anderen Seite vermißt aber das Berufungsgericht "zuverlässige Anhaltspunkte" dafür, daß die Beklagte wirklich mit H. eine Provision in Höhe von 2 % der Bausumme vereinbart und im Hinblick

hierauf die kostenlose Errichtung des Hauses zugesagt habe. Das Urteil befaßt sich eingehend mit den verschiedenen Niederschriften über die Aussagen der Eheleute H■■■■, die miteinander nicht recht vereinbar seien und kein eindeutiges Bild von dem tatsächlichen Verlauf der Dinge gäben: Robert H■■■■ habe wohl am 27. März 1953 vor amerikanischen Offizieren, und zwar unter Eid, am 9. Juli 1953 gegenüber dem Steuerbeamten W■■■■ und am 21. Januar 1954 gegenüber Beamten der Staatsanwaltschaft Kaiserslautern die Sachdarstellung des klagenden Landes bestätigt; das gleiche gelte von der Aussage, welche Hedwig H■■■■ am 3. Juli 1953 vor dem Steuerbeamten W■■■■ gemacht habe. Gegenüber Rechtsanwalt Dr. W■■■■ in K■■■■ habe der Ehemann H■■■■ indessen am 25. Januar 1954 mündlich eine abweichende, für den Kläger ungünstige Darstellung gegeben, die er dann am folgenden Tage in einer schriftlichen, von einem Frankfurter Notar beglaubigten Erklärung (sog. "Frankfurter Erklärung") aufrechterhalten habe. Auch seine spätere Aussage vom 14. Oktober 1954 vor dem "Detachment Commander" der "Air Force Base" Palm Beach in Florida (USA), worin H■■■■ im einzelnen das Zustandekommen der "Frankfurter Erklärung" - insbesondere seine finanziellen Schwierigkeiten und das Geldgeschenk des Geschäftsführers der Beklagten von 1 000 DM - schildert, enthält nach Ansicht des Berufungsgerichts keine vollständige und uncingeschränkte Rückkehr zu seiner ursprünglichen Sachdarstellung. Angesichts der widersprechenden Schilderungen möchte das angefochtene Urteil dem Umstand, daß eine von ihnen eidlich bekräftigt ist und mit späteren, vor Behörden abgegebenen Erklärungen übereinstimmt, keine ausschlaggebende Bedeutung beimessen.

Diese Beweiswürdigung wird von der Revision mit Recht beanstandet. Das Berufungsgericht hat gegen den Grundsatz, daß sämtliche Erkenntnisquellen ausgeschöpft werden müssen (§ 286 ZPO), verstoßen, wenn es sich darauf beschränkt hat, die Niederschriften über Aussagen der Hauptbeteiligten vor anderen Behörden oder Personen sowie allenfalls noch - das geht aus seinem Urteil nicht einmal mit Bestimmtheit hervor - die Bekundungen der nur "mittelbaren" Zeugen W., Staatsanwalt Dr. Lu. und Wirtschaftsprüfer Kö. bei seiner Wahrheitsfindung zu verwerten. Reichten ihm diese Beweismittel zur Erlangung einer vollen Überzeugung nicht aus, dann hätte es, bevor es den Kläger als beweisfällig behandeln durfte, zunächst einmal den Versuch machen müssen, die in erster Linie maßgebenden Zeugen Robert Norman H. und Hedwig H. selbst zu vernehmen (vgl. Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. § 284 Anm. B I).

Die Eheleute H. waren vom Kläger über den Inhalt ihrer Abmachungen mit der Beklagten als Zeugen benannt worden (Klageschrift S. 3, 4, 6, 7; Schriftsatz vom 6. Januar 1954 S. 2, 3, 4, 5, 6), und auch die Beklagte hatte sich gegenbeweislich auf ihr Zeugnis berufen (vgl. ihren Schriftsatz vom 19. Januar 1954). Das Landgericht hatte auch bereits die Vernehmung der beiden Zeugen angeordnet (Beweisbeschluß vom 12. Januar 1954). Die Durchführung dieser Beweisaufnahme ist dann allerdings unterblieben, ohne daß der Grund aus den Gerichtsakten ersichtlich ist; ursächlich war dafür allem Anschein nach die unerwartete Rückkehr H. nach den Vereinigten Staaten gegen Ende Januar 1954. Dadurch waren indessen die Beweisanträge der Parteien nicht gegenstandslos geworden. Das ergibt sich

insbesondere aus dem Schriftsatz der Beklagten vom 7. Dezember 1954 (S. 7 und 8) sowie aus der Erwiderung des Klägers im Schriftsatz vom 20. Dezember 1954 (S. 9). Daß das klagende Land den Antrag auf Vernehmung der Eheleute H. nicht mehr habe aufrechterhalten wollen, läßt sich - entgegen der Ansicht der Beklagten in ihrer Revisionsbeantwortung - keineswegs aus der Tatsache entnehmen, daß es im Berufungsrechtszug sein früheres Beweisangebot nicht wiederholt hat; dazu hatte das Land schon aus dem Grunde keine Veranlassung, weil es in erster Instanz obgesiegt hatte und daher annehmen konnte, das Berufungsgericht werde entweder ebenso entscheiden oder aber, wenn ihm im Gegensatz zum Landgericht das bisherige Beweisergebnis nicht ausreichen sollte, pflichtgemäß auf die übrigen, unerledigt gebliebenen Beweisangebote zurückgreifen. Eine Anwendung des § 295 ZPO, auf den die Beklagte noch verweist, kommt bei dieser Sachlage nicht in Betracht, wobei es auch keine Rolle spielt, daß der Kläger im Zusammenhang mit dem Verhalten der Beklagten vor der Abreise des Zeugen H. nach Amerika von einer "Umkehrung der Beweislast" gesprochen hat; solche Ausführungen werden im Prozeß erfahrungsgemäß im Sinne eines zusätzlichen Arguments gemacht, ohne daß die betreffende Partei (da sie nicht wissen kann, ob das Gericht ihren Standpunkt in der Beweislastfrage teilen wird) damit ihre bisherigen Anträge fallen lassen will.

Daß ein Zeuge sich im Ausland aufhält, schließt die Möglichkeit seiner Vernehmung nicht aus, was schon daraus hervorgeht, daß die Zivilprozeßordnung für diesen Fall in den §§ 363, 364 und 369 ausdrückliche Bestimmungen getroffen hat. Für das Vorliegen einer "Uner-

reichbarkeit des Beweismittels" (vgl. dazu Stein/Jonas/Schönke § 284 Anm. B III 2 a) bestanden im Streitfall keine Anhaltspunkte. Insbesondere ist nicht ersichtlich, daß der Aufenthalt der Eheleute H. in den Vereinigten Staaten unbekannt oder doch nicht zu ermitteln gewesen wäre (Robert H.: Anschrift vom Oktober 1954 ergab sich aus Bl. 131 a der Gerichtsakten sowie aus Bl. 258 der Ermittlungsakten 9 Js 21/52 der Staatsanwaltschaft Kaiserslautern, die dem Berufungsgericht vorlagen; auch das von der Beklagten abschriftlich vorgelegte Schreiben des Ingenieurs Reichardt vom 8. März 1955 - Bl. 195 GA - enthält Angaben über den damaligen Aufenthalt der beiden Zeugen). Aber auch die Erwägung, daß bei einer Vernehmung in Amerika die mit der Entscheidung des Rechtsstreits befaßten Richter keinen unmittelbaren Eindruck von der Persönlichkeit der Zeugen zu gewinnen vermöchten, rechtfertigte das Unterbleiben der Beweisaufnahme nicht. Wenn das Berufungsgericht den Ehemann H. für eine "fragwürdige Persönlichkeit" hielt, hätte es gleichwohl zunächst einmal von den kraft Gesetzes bestehenden Aufklärungsmöglichkeiten Gebrauch machen müssen, wobei es ihm unbenommen blieb, durch ein Ersuchen um Beidigung der Zeugen und durch eine sorgfältige, ins einzelne gehende Fassung der ihnen vorzulegenden Fragen auf das Zustandekommen ausführlicher und wahrheitsgemäßer Aussagen hinzuwirken.

4. Konnte somit das angefochtene Urteil schon wegen der zu Unrecht unterbliebenen Vernehmung der beiden Hauptzeugen nicht bestehen bleiben, so erweisen sich aber auch seine sonstigen Ausführungen als nicht frei von Rechtsirrtum.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der grundsätzliche Einwand der Revision berechtigt ist, das Berufungsgericht habe aus mehreren widersprechenden Erklärungen der Eheleute H. willkürlich diejenige herausgegriffen, deren Beweiswert nach seiner eigenen Feststellung dadurch, daß sie "gegen Entgelt abgegeben" wurde, in besonderem Maße beeinträchtigt werde, und es habe gerade diese - gemeint ist die "Frankfurter Erklärung" vom 26. Januar 1954 - seiner Beweiswürdigung zugrunde gelegt, oder ob demgegenüber der Standpunkt der Revisionsbeantwortung Zustimmung verdient, es liege kein willkürliches Herausgreifen einer Erklärung vor, vielmehr habe das Berufungsgericht die verschiedenen Erklärungen gegeneinander abgewogen und, da sie Widersprüche enthielten, keiner von ihnen Glauben geschenkt. Denn auch wenn letzteres anzunehmen wäre, so bestehen auf jeden Fall hinsichtlich der erwähnten Abwägung erhebliche Zweifel nach der Richtung, ob dabei wirklich, wie § 286 ZPO es erfordert, sämtliche wesentlichen Tatumstände berücksichtigt worden sind.

Die Revision rügt zunächst mit Recht, daß das Berufungsgericht ein Anzeichen für die Zuverlässigkeit der "Frankfurter Erklärung" - trotz ihres durch ihre Abgabe gegen Geld geminderten Beweiswertes - darin erblickt hat, daß H. am Tage vorher in Kaiserslautern gegenüber dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten "unentgeltlich" annähernd dieselben Angaben gemacht habe. In Wirklichkeit bildete aber, wie die Revision zutreffend hervorhebt, Geld bereits bei der Kaiserslauterner Besprechung vom 25. Januar 1954 den Gegenstand der Erörterungen. Der erstinstanzliche Prozeßbevollmächtigte der Beklagten hat dies allerdings in seiner dem Gericht - übrigens erst fünf Monate später - vorgelegten

Aktennotiz vom 26. Januar 1954 nicht erwähnt, sondern dort den Hergang so geschildert, als ob H. vor seiner Rückkehr nach den Vereinigten Staaten "aus einem inneren Gefühl heraus die Dinge" habe "richtig stellen" wollen. Er hat jedoch später, nachdem inzwischen das Protokoll über H.' Vernehmung in Palm Beach vom 14. Oktober 1954 mit eingehenden Angaben über die Kaiserslauterner Besprechung zu den Gerichtsakten gelangt war, nicht mehr in Abrede gestellt, daß H. schon damals im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Widerruf seiner früheren Aussagen den Geschäftsführer der Beklagten um Geld gebeten hat und daß er, der Prozeßbevollmächtigte, seinem Mandanten abgeraten hat, dieser Bitte zu entsprechen, weil dadurch "der Beweiswert der Erklärungen des H. herabgesetzt werden könnte" (Schriftsatz vom 7. Dezember 1954). Das Berufungsgericht hätte, bevor es auf die vermeintliche "Unentgeltlichkeit" der Angaben vom 25. Januar 1954 abhob, prüfen müssen, ob die beiden nur einen Tag auseinanderliegenden Vorgänge von Kaiserslautern und Frankfurt nicht als ein einheitliches Ganzes zu beurteilen seien. In der erwähnten Aktennotiz wurde übrigens auch behauptet, der Geschäftsführer der Beklagten sei bei der Kaiserslauterner Besprechung nur "zufällig anwesend" gewesen - eine Behauptung, welche die Beklagte mehrfach im Prozeß wiederholt hat (vgl. ihre Schriftsätze vom 30. Juni 1954 und 12. Dezember 1955); später indessen hat sie im Schriftsatz vom 13. Februar 1956 selbst vorgetragen ihr Geschäftsführer sei eigens wegen dieser Besprechung fernmündlich verständigt und auf das Büro seines Prozeßbevollmächtigten bestellt worden.

Nicht unbedenklich sind ferner die Ausführungen des Berufungsurteils über H.' spätere Aussage vom 14. Oktober

1954, worin dieser, wie es meint, seine in Kaiserslautern und Frankfurt gemachten Angaben "keineswegs eindeutig widerrufen" habe. Die Revision bemerkt hierzu einleuchtend, daß das Berufungsgericht von einer Aussage, die nach seiner eigenen Feststellung "offensichtlich die Widersprüche in den vorausgegangenen Erklärungen überbrücken" sollte und "in sehr gewundenen Formulierungen gehalten" war, eigentlich selbst keinen "eindeutigen" Widerruf hätte erwarten dürfen. Im übrigen gibt das, was in dem Urteil zu der erwähnten Aussage ausgeführt wird, Anlaß zu Zweifeln, ob das Berufungsgericht sie wirklich ihrem gesamten Inhalt nach gewürdigt hat. Es vermißt darin z.B. eine klare Abkehr des Zeugen H[REDACTED] von seiner "Frankfurter Erklärung", berücksichtigt jedoch nicht, daß er auf die Frage, ob diese wahr sei, erwidert hat, seine "ursprünglichen Aussagen" gegenüber der amerikanischen Kriminalpolizei und dem deutschen Finanzamt - die er in der "Frankfurter Erklärung" als unzutreffend bezeichnet hatte - seien "unbedingt richtig". Soweit das Berufungsgericht betont, H[REDACTED] habe am 14. Oktober 1954 in Palm Beach seine früheren Angaben über die ihm zugesagte Provision von 2 % der Bausumme nicht wiederholt, sondern den Abschluß einer "fest umrissenen schriftlichen Vereinbarung" verneint, übersieht es, daß H[REDACTED] bereits am 27. März 1953 vor der amerikanischen Kriminalpolizei nicht anders ausgesagt hatte (GA Bl. 111 unten); ein Widerspruch zu den früheren Angaben, wie ihn das Urteil hier ersichtlich annehmen möchte, lag also nicht vor, und zwar umso weniger, wenn man noch die unmittelbar anschließenden Worte H[REDACTED]' bei seiner Vernehmung in Palm Beach berücksichtigt, die das Berufungsurteil nur teilweise anführt und die an Deutlichkeit kaum etwas zu wünschen übrig lassen: "Gewisse Dinge verstehen sich von selbst, ohne daß sie schriftlich verein-

bart werden". Daß es, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, keines Nachweises einer fest umrissenen Provisionsvereinbarung auf der Grundlage von 2 % bedarf, wurde bereits ausgeführt (vgl. oben zu Nr. 2). Wenn das angefochtene Urteil schließlich noch als Beweis dafür, daß H. am 14. Oktober 1954 die "Frankfurter Erklärung" nicht habe widerrufen wollen, auf seine Worte hinweist, diese Erklärung könne "größtenteils als wahr angesehen werden, wenn man die wirklichen Hintergründe des Falles nicht kennt", so liegt hier möglicherweise ein auf mangelnder Gesamtbewertung beruhendes Mißverständnis vor: wie gering H. in Palm Beach den Wahrheitsgehalt seiner "Frankfurter Erklärung" einschätzte, ergibt sich aus dem - vom Berufungsgericht nicht gewürdigten - abschließenden Satz, er möchte sie "nicht als falsch bezeichnen, sondern als eine ziemlich raffiniert abgefaßte Urkunde, die darauf abzielte, einen Schein von Glaubwürdigkeit auf eine Darstellung zu werfen, die gänzlich verschieden ist von dem, was sich in einer ausgedehnten Zeitspanne zutrug, während welcher genaue Einzelheiten jetzt in Vergessenheit geraten sein könnten". Sollte das Berufungsgericht im Rahmen der neuen Tatsachenverhandlung Veranlassung haben, sich nochmals mit H.'s Aussage vom 14. Oktober 1954 zu befassen, so wird es prüfen müssen, ob der angeführte Schlußsatz einen anderen Sinn haben kann, als daß damit in etwas verblümter Form eine wahrheitswidrige Erklärung zugestanden werden sollte (vgl. auch die andere, aber nicht minder bezeichnende Übersetzung des Schlußsatzes in Bl. 256 f der Ermittlungsakten 9 Js 21/52).

Unberücksichtigt gelassen hat das Berufungsgericht bei seiner Beweiswürdigung die Tatsache, daß die Ehefrau H. ihre Aussage vor dem Obersteuerinspektor W. vom 3. Juli 1953,

worin sie die Sachdarstellung des Klägers bestätigte, niemals widerrufen hat. Darin liegt, wie die Revision zutreffend rügt, ein Verstoß gegen § 286 ZPO, der für die getroffene Entscheidung ursächlich gewesen sein kann.

Das gleiche gilt von der Nichtanhörung der für H. [REDACTED] Glaubwürdigkeit benannten Zeugen Ke. [REDACTED], Bo. [REDACTED], Po. [REDACTED] und Dr. Le. [REDACTED] (Schriftsätze des Klägers vom 22. Juli, 30. Juli und 22. Oktober 1954). Wenn das Berufungsgericht von einer Erhebung dieser Beweise mit der Begründung Abstand nahm, es vermöge sich auf Grund des Eindrucks derer, die bei Vernehmungen des H. [REDACTED] zugegen waren, kein Urteil darüber zu bilden, ob er Glauben verdiene, so war dies eine unzulässige Vorauswürdigung des Beweisergebnisses. Das Gericht hätte vielmehr, auch wenn es H. [REDACTED] für eine "fragwürdige Persönlichkeit" hielt, deren "Bekundungen mit besonderer Vorsicht zu werten" seien, alle vorhandenen Beweismittel erschöpfen müssen.

Als einen Trugschluß bezeichnet die Revision die Erwägung des Berufungsgerichts, für H. [REDACTED] hätte es, falls er der Beklagten keine Baukosten schuldete, auch unter Berücksichtigung seiner Steuerverschuldung ein "ungeheures Risiko" bedeutet, ohne jegliche Gegensicherung das Grundstück mit einer Hypothek von rund einer Viertelmillion D-Mark zu belasten. Der Revision ist darin beizupflichten, daß in Wirklichkeit für H. [REDACTED] mit der Bestellung der Hypothek, wirtschaftlich gesehen, kein sonderliches Wagnis verbunden war. Er war dem Steuerfiskus in so hohem Maße verschuldet, daß er das Haus vor dessen Zugriff ohnehin nicht hätte bewahren können. Durch die Bestellung einer Sicherungshypothek zugunsten der Beklagten wurde H. [REDACTED] Lage

praktisch nicht mehr verschlechtert. Darin lag für ihn sogar eine Chance, sich und seiner Ehefrau das Besitztum vielleicht doch noch zu erhalten, - nämlich wenn die Beklagte zu ihrem angeblichen Versprechen stand, aus der Hypothek nicht zu vollstrecken, und wenn sich das Finanzamt durch die hohe Vorbelastung von einem Zugriff auf das Grundstück abhalten ließ. Hielt sich dagegen die Beklagte nicht an die Vereinbarung, so war für die Eheleute H. das Grundstück genau so verloren, wie wenn man die Hypothek nicht bestellt hätte. Daß sie in diesem Falle weiterhin mit der persönlichen Steuerschuld belastet blieben, konnte für sie praktisch nur dann ins Gewicht fallen, wenn außer dem Hausgrundstück noch nennenswerte Vermögenswerte vorhanden gewesen wären; das ist aber nicht ersichtlich.

Die Revision wendet sich ferner mit Grund gegen den Standpunkt des Berufungsgerichts, es sei "völlig ungeklärt", ob H. wirklich für die Beklagte eine Tätigkeit entfaltet habe, die ihr hätte Anlaß geben können, ihm eine Provision in der außerordentlichen Höhe von 400 000 DM zu bewilligen. Der Kläger hatte über den Umfang der erwähnten Tätigkeit die Eheleute H. als Zeugen benannt (S. 3 der Klageschrift). Diese hätten dazu gehört werden müssen. Dem Berufungsgericht ist aber in diesem Zusammenhang noch ein weiterer Verstoß gegen § 286 ZPO unterlaufen. Es führt aus, die Darstellung der Beklagten über die Vorgänge in der sog. "Kristallnacht" vom Juni 1952 sei "unwiderlegt" geblieben und das klagende Land habe "hierzu überhaupt keine nähere Erklärung abgegeben". Dabei ist übersehen worden, daß in dem Schriftsatz des Klägers vom 20. Dezember 1954 (zu Abschnitt III unter Nr. 4) ins einzelne gehende Behauptungen über die Vorgänge in jener Nacht und über die sonstigen

Auswirkungen von H[REDACTED]' Tätigkeit auf die Heranziehung der Beklagten zu den Besatzungsbauten aufgestellt worden waren. Falls das Berufungsgericht dieses Vorbringen nicht für ausreichend erachtete, hätte es, wie die Revision zutreffend ausführt, den Kläger im Wege des § 139 ZPO zu einer entsprechenden Ergänzung veranlassen müssen. Der Einwand der Beklagten in ihrer Revisionsbeantwortung, für eine Anwendung der genannten Vorschrift sei kein Raum gewesen, weil Behauptungen "bereits aufgestellt" gewesen seien, verkennt die Zweckbestimmung des richterlichen Fragerechts: daß dieses auch bei unvollständigem Sachvortrag anzuwenden ist, kann nach Wortlaut und Sinn des § 139 ZPO nicht zweifelhaft sein.

Ob die Einwendungen, welche die Revision gegen die Nichtverwertung der Tonbandaufnahme eines Gesprüches zwischen H[REDACTED] und dem Geschäftsführer der Beklagten geltend macht, berechtigt sind, mag bei dieser Sachlage auf sich beruhen.

In der neuen mündlichen Verhandlung wird das Berufungsgericht, falls es darauf für die Entscheidung noch ankommen sollte, auch das Verhalten der Beklagten nochmals überprüfen müssen. Es führt eine ganze Reihe von Tatumständen an, die den Verdacht begründen könnten, daß die Beklagte den Bauauftrag kostenlos übernommen habe: sie habe das Haus, dessen Errichtung rund eine Viertelmillion D-Mark gekostet habe, im Oktober 1952 schlüsselfertig übergeben, ohne einen Pfennig Gegenleistung erhalten zu haben; selbst ein Betrag von 30 000 DM, der im Juni 1952 auf Sperrmarkkonto entrichtet werden sollte, sei niemals zur Auszahlung gekommen; der Bauvertrag sei erst einen Monat nach Baubeginn abge-

geschlossen worden, und die darin vorgesehenen Abrechnungen (mit Ausnahme einer Zwischenrechnung im Hinblick auf den erwähnten Sperrmarkbotrag, die aber keine Angaben über die erbrachten Leistungen enthalte) und Teilzahlungen seien nicht erfolgt; die Beklagte habe keine Vorsorge zur Sicherstellung der Finanzierung des kostspieligen Bauvorhabens getroffen, und zwar selbst dann nicht, als sich infolge der Änderungswünsche H. die Bausumme um ein Vielfaches erhöhte; eine genaue Kostenaufstellung enthalte erstmals die Schlußabrechnung vom 29. Oktober 1952; entgegen ihrer Behauptung, daß mit H. überhaupt keine Provisionsabrede getroffen worden sei, habe die Beklagte zugegebenermaßen an ihn 64 000 DM in bar gezahlt. Alle diese Umstände, so auffällig sie seien, brauchten indessen - so meint das Berufungsgericht - keineswegs im Sinne einer Unentgeltlichkeit des Hausbaues gedeutet zu werden, vielmehr lasse sich das Verhalten der Beklagten "zwanglos" auch damit erklären, daß sie die Eheleute H. mit Rücksicht auf die guten Beziehungen, die diese zur Besatzungsmacht unterhielten, wegen der Zahlung der Baukosten nicht hätte drängen wollen; über die Leistungen im einzelnen sei laufend Buch geführt worden; die Lieferung der Wohnungseinrichtung werde auch sonst vielfach seitens amerikanischer Bauherren dem Bauunternehmer übertragen, so daß daraus gleichfalls keine Rückschlüsse zu Ungunsten der Beklagten gezogen werden könnten. Diese Erwägungen des angefochtenen Urteils liegen im wesentlichen auf dem Gebiete der tatrichterlichen Würdigung und sind infolgedessen einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht nur beschränkt zugänglich. Ob in ihnen etwa - was nachprüfbar wäre - ein Verstoß gegen allgemeine Erfahrungssätze enthalten ist,

braucht im gegenwärtigen Stand des Verfahrens, da das angefochtene Urteil obnehin der Aufhebung unterliegt, nicht abschließend entschieden zu werden. Immerhin wird das Berufungsgericht Veranlassung haben, sich gegebenenfalls mit den erörterten Gesichtspunkten nochmals auseinanderzusetzen und zu prüfen, ob die Beweggründe, wie sie in dem aufgehobenen Urteil der Beklagten unterstellt worden waren, wirklich noch im Rahmen der von heutigen Geschäftsleuten üblicherweise zu erwartenden Verhaltensweise liegen.

Sollte die ergänzende Beweisaufnahme und die erneute Würdigung des Sachverhalts durch den Tatrichter wiederum ergeben, daß die Voraussetzungen des § 117 EGB oder des § 3 Abs. 1 AnfG nicht erwiesen seien, und sollte dieses Ergebnis mit darauf zurückzuführen sein, daß die Vernehmung der Eheleute H. [REDACTED] entweder überhaupt nicht oder doch nicht mit den vor einem deutschen Gericht gegebenen Aufklärungsmöglichkeiten durchgeführt werden konnte, so wird das Berufungsgericht mit Rücksicht auf die Behauptung des klagenden Landes, die Beklagte habe am 26. Januar 1954 Harms durch Hingabe des Reisegeldes das Verlassen der Bundesrepublik ermöglicht, von neuem zu der Frage einer Umkehrung der Beweislast (RGZ 105, 255, 259; EGH LM § 282 ZPO Nr. 2) Stellung nehmen müssen. Die Ausführungen des angefochtenen Urteils hierzu - es fehle an "ausreichenden Anhaltspunkten" dafür, daß die Beklagte durch ihre Handlungsweise dem Prozeßgegner habe ein Beweismittel entziehen wollen - lassen nicht mit Sicherheit erkennen, ob sich das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang die Erfahrungstatsache vor Augen gehalten hat, daß es unter Kaufleuten im allgemeinen nicht

üblich ist, einem Schuldner, der sich angeblich mit mehr als 200.000 DM im Rückstand befindet, noch ein Geldgeschenk von 1.000 DM zu machen. Wenn H. [REDACTED] damals bereits im Besitz seiner Fahrkarte gewesen sein mag, so schließt dieser Umstand, da die Übersiedlung einer Familie nach einem anderen Erdteil erfahrungsgemäß auch über die reinen Fahrtkosten hinaus noch weitere erhebliche Aufwendungen erfordert, die Möglichkeit nicht aus, daß er gleichwohl ohne das Geldgeschenk der Beklagten außerstande gewesen wäre, die alsbaldige Ausreise zu bewerkstelligen. Aus diesem Grunde kommt es, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, auch nicht darauf an, ob sich eine Zeugenvernehmung der Eheleute H. [REDACTED] vor dem Prozeßgericht in der kurzen Zeitspanne zwischen Nachmittag und Abend des 25. Januar 1954 noch hätte durchführen lassen.

5. Nach allem war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache gemäß § 565 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei erschien es angezeigt, von der Befugnis des Abs. 1 Satz 2 aaO Gebrauch zu machen.

Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung
über die Kosten der Revisionsinstanz zu übertragen.

Dr. Augustin

Schuster

Rothe

Dr. Freitag

Dr. Mattern