BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

V ZR 68/05

vom

17. November 2005

in dem Rechtsstreit

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 17. November 2005 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Krüger, die Richter Dr. Lemke und Dr. Schmidt-Räntsch, die Richterin Dr. Stresemann und den Richter Dr. Czub

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 24. Februar 2005 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren beträgt 25.000 EUR.

Gründe:

I.

1 Die Parteien sind Eigentümer benachbarter Grundstücke in P. . Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Bewilligung einer Grunddienstbarkeit für ein Wege- und Fahrrecht über deren Grundstück.

2 Es kam zu einem ersten Rechtsstreit zwischen den Parteien, den die im Grundbuch eingetragenen drei Gesellschafter als Kläger führten. Er endete mit der Verurteilung der Beklagten zur Bewilligung einer Grunddienstbarkeit nach § 116 SachenRBerG. Daraufhin wurde die auf Grund der Bewilligung aus dem

Jahre 1994 eingetragene Grunddienstbarkeit gelöscht und als Folge des Urteils eine neue Grunddienstbarkeit eingetragen.

3 Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte Restitutionsklage, mit der sie geltend machte, dass einer der Kläger bereits längere Zeit vor der Erhebung der Klage im Vorprozess verstorben sei. Aufgrund dessen wurde das erste Urteil für wirkungslos erklärt.

4 In diesem Rechtsstreit verlangt die Klägerin als Gesellschaft bürgerlichen Rechts von der Beklagten die Bewilligung der Grunddienstbarkeit nach dem Gestattungsvertrag vom 1. August 1994, hilfsweise aus § 116 Abs. 1 SachenRBerG, sowie den Rückbau des die Zufahrt zu ihrem Grundstück versperrenden Zaunes.

5 Die Klage hat in erster Instanz Erfolg gehabt. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben.

II.

6 Das angefochtene Urteil ist wegen eines den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzenden Verfahrensfehlers des Berufungsgerichts aufzuheben.

7 1. Das Berufungsgericht hätte, nachdem es selbst einen Verstoß des Landgerichts gegen die Hinweispflicht aus § 139 Abs. 1 ZPO festgestellt hatte, den von der Beklagten in der Berufungsbegründung gestellten Beweisanträgen nachgehen müssen und sich nicht mehr mit der Heranziehung der Niederschrift der Vernehmung dieser Zeugen in dem früheren Rechtsstreit begnügen dürfen.

8 a) Die tatsächlichen Feststellungen in der Entscheidung des Landgerichts beruhten auf einem Verfahrensmangel.

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

9 Das Landgericht hatte zwar nicht gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (§ 355 Abs. 1 Satz 1 ZPO) verstoßen. Die Verwertung der Niederschrift einer Zeugenaussage aus einem anderen Verfahren im Wege des Urkundenbeweises ist zulässig (RGZ 106, 219, 221; BGHZ 7, 116, 120; Urteil vom 9. Juni 1992, VI ZR 215/91, NJW-RR 1992, 1214, 1215) und setzt nicht die Zustimmung beider Parteien voraus (BGH, Urt. v. 19. April 1983, VI ZR 253/81, VersR 1983, 667, 668). Auch der Widerspruch einer Partei gegen die Verwertung einer protokollierten Aussage steht deren Auswertung im Wege des Urkundenbeweises nicht entgegen (BGH, Urt v. 19. Dez. 1969, VI ZR 128/68, VersR 1970, 322, 323). Der Zeuge muss in solchen Fällen jedoch dann angehört werden, wenn eine Partei dessen Vernehmung unmittelbar durch das Prozessgericht beantragt (RGZ 106, 219, 221; BGHZ 7, 116, 121; BGH, Urt. v. 9. Juni 1992, VI ZR 215/91, NJW-RR 1992, 1214, 1215 std. Rspr.). Vor dem Landgericht hatte die Beklagte den für eine Zeugenvernehmung unverzichtbaren Antrag nach § 373 ZPO indes nicht gestellt.

10 Der Entscheidung des Landgerichts liegt dennoch ein Verfahrensmangel zugrunde, den das Berufungsgericht auch festgestellt hat. Angesichts der Erklärung der Beklagten, mit der Verwertung des Protokolls über die frühere Vernehmung nicht einverstanden zu sein, war das Gericht zu einem Hinweis nach § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO auf den für einen Zeugenbeweis erforderlichen Beweisantritt nach § 373 ZPO verpflichtet (vgl. OLG Köln, VersR 1993, 1366, 1367). Ein solcher Hinweis ist geboten, wenn eine Partei den Zeugenbeweis möglicherweise antreten kann und will, aber infolge eines Versehens den dafür erforderlichen Antrag nach § 373 ZPO nicht stellt (vgl. BGH, Urt. v. 3. Juni 1997, VI ZR 133/96, NJW 1998, 155, 156).

11 b) Zu Recht rügt die Nichtzulassungsbeschwerde, dass das Berufungsgericht jedenfalls auf das Beweisangebot in der Berufungsbegründung nach § 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO die Zeugen hätte vernehmen müssen. Nach dieser Vorschrift ist neues Vorbringen zuzulassen, wenn das Eingangsgericht die nach § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO gebotenen Hinweise unterlassen hat (Senat, BGHZ 158, 295, 302). Ein solcher Verfahrensfehler hat zur Folge, dass die Beschränkungen für die Zulassung neuen Vorbringens im Berufungsrechtszug nicht gelten und der Partei insoweit die zweite Tatsacheninstanz eröffnet ist.

12 Nach dem Wortlaut des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO ist allerdings erforderlich, dass das neue Vorbringen infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden ist, was im Einzelfall auch die Feststellung zu tragen vermag, dass der Verfahrensmangel für das Unterlassen des Vorbringens in erster Instanz nicht ursächlich war. Eine Zurückweisung des Beweisantrags aus dieser Erwägung kommt hier jedoch nicht in Betracht.

13 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann nach dem Vortrag der Beklagten in der Berufungsbegründung nicht festgestellt werden, dass das Ausbleiben des Beweisantrags in erster Instanz nicht auf einer Fehlvorstellung der Beklagten, die durch den richterlichen Hinweis zu korrigieren gewesen wäre, sondern auf einer davon unabhängigen Entscheidung der Beklagten beruhte. Diese hat ausgeführt, dass sie wegen des Beweisantrags der Kläger auf Vernehmung der Zeugen davon ausgegangen sei, nicht auch ihrerseits einen solchen Antrag stellen zu müssen. Das ist ein Indiz dafür, dass die Beklagte bereits in erster Instanz den Beweisantrag gestellt hätte, wenn sie durch einen richterlichen Hinweis auf dessen Erforderlichkeit für eine Zeugenvernehmung aufmerksam gemacht worden wäre.

14 Dem steht auch nicht das Vorbringen der Beklagten in der Berufungsbegründung entgegen, dass sie keine Veranlassung gehabt habe, von sich aus die Zeugen zu benennen, die im vorangegangenen Rechtsstreit für sie ungünstig ausgesagt hätten. Dies ist zwar als eine Erklärung für ihr Verhalten in der ersten Instanz zu verstehen. Dieser Vortrag vermag jedoch nicht den Schluss des Berufungsgerichts zu tragen, dass die Beklagte selbst auf den gebotenen richterlichen Hinweis in der ersten Instanz nicht den Beweisantrag gestellt hätte, den sie im Berufungsverfahren gestellt hat.

15 2. Die Zurückweisung des Beweisantritts zu einer Vernehmung der Zeugen durch das Prozessgericht verletzt den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG). Das Gericht ist danach verpflichtet, den gesamten Vortrag der Partei zur Kenntnis zu nehmen und zu würdigen (BVerfGE 60, 247, 248; 70, 288, 293). Das Berufungsgericht hatte daher auch den Vortrag der Beklagten in seine Erwägung einzubeziehen, das Ausbleiben des Beweisantritts habe auf der Fehlvorstellung beruht, dass ein Beweisantritt nicht nötig gewesen sei.

16 Nach diesem Vortrag war das Berufungsgericht aus Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet, dem Beweisantritt nachzugehen, weil eine unzulängliche Verfahrensleitung durch das Landgericht dessen Ausbleiben in der Eingangsinstanz mitverursacht hatte (vgl. BVerfG, Beschluss vom 26. Oktober 1999, 2 BvR 1292/96, NJW 2000, 945, 946). Die Zurückweisung des Beweisantrages durch das Berufungsgericht unter Herausgreifen eines Teils des Vorbringens der Beklagten in der Berufungsbegründung dazu, warum sie einen eigenen Beweisantrag für nicht erforderlich gehalten hat, kommt einer Verhinderung des zulässigen Antrages auf Vernehmung der Zeugen durch das Prozessgericht gleich.

17 3.a) Die Beweisfrage betrifft einen für den zuerkannten Anspruch aus § 116 SachenRBerG entscheidungserheblichen Punkt. Die von der Beklagten bestrittene Mitbenutzung vor dem 3. Oktober 1990 ist eine Voraussetzung des Anspruchs. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht nach einer Anhörung der Zeugen zu einem anderen Beweisergebnis gelangen wird.

18 b) Die Entscheidung stellt sich auch nicht aus einem anderen Grunde als richtig dar (§ 561 ZPO). Nach den Vereinbarungen zwischen der Stadt P. und der Beklagten vom August 1994 ist ein dingliches Recht der Klägerin nicht entstanden. § 328 Abs. 1 BGB ist auf die dingliche Einigung nach § 873 Abs. 1 BGB nicht anzuwenden (Senat, BGHZ 41, 95, 96; BGH, Urt. v. 8. Juli 1993, IX ZR 222/92, NJW 1993, 2617, 2618, insoweit in BGHZ 123, 178 ff. nicht abgedruckt). Die Begründung eines Anspruchs des jeweiligen Eigentümers des Nachbargrundstücks aus § 328 Abs. 1 BGB, von der Beklagten die Bestellung einer Grunddienstbarkeit verlangen zu können, ist nach den getroffenen Feststellungen auszuschließen.

III.

19 Der Senat hat von der Möglichkeit der Aufhebung und Zurückverweisung durch Beschluss nach § 544 Abs. 7 ZPO Gebrauch gemacht.

20 Die Entscheidung über den Streitwert der Nichtzulassungsbeschwerde folgt aus § 48 Abs. 1 Satz 1 GKG, § 3 ZPO.

Krüger Lemke Schmidt-Räntsch

Stresemann Czub

Vorinstanzen:
LG Potsdam, Entscheidung vom 02.04.2004 - 1 O 461/03 -
OLG Brandenburg, Entscheidung vom 24.02.2005 - 5 U 42/04 -