

Handschlageweise. ja
Amtliche Sammlung: nein

046

36

ZPO §§ 92, 301

Ein Teilurteil, das hinsichtlich eines Streitgenossen
den Prozeß entscheidet, kann auch eine Teilkostenent-
scheidung treffen.

BGH, Urt. v. 25. November 1959 - V ZR 82/58 - OLG Karlsruhe -

Verkündet am 25. November 1959
Hirth, Justizangestellter als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit -

der Frau Therese N [REDACTED] in H [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisions-
klägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. die Hotelbesitzerin Lisa B [REDACTED] geb. N [REDACTED]
in H [REDACTED], Ö [REDACTED]weg [REDACTED],

2. den Fabrikanten Hans B [REDACTED], Ehemann der
Beklagten zu 1, ebenda,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 8. Juli 1959 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Augustin, Schuster, Dr. Rothe, Dr. Freitag
und Dr. Mattern für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Karlsruhe vom
25. April 1958 im Kostenpunkt sowie insoweit aufgehoben,
als es über den Antrag der Klägerin, den Beklagten zu 2
zur Zahlung von 1 000 DM nebst 5 % Zinsen hieraus seit
Klageerhebung an die Klägerin zu verurteilen, befunden
hat.

In diesem Umfang wird die Hauptsache zur ander-
weiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den gesamten bisherigen Kosten des Rechts-
streits trägt die Klägerin die gesamten außergericht-
lichen Kosten der Beklagten zu 1 sowie 40/41 der Ge-
richtskosten und ihrer eigenen außergerichtlichen
Kosten.

Im übrigen wird dem Berufungsgericht die Ent-
scheidung über die Kosten des Rechtsstreits ein-
schließlich der Kosten der Revision übertragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Beklagte zu 1 ist die eingetragene Eigentümerin des von ihr und ihrem Ehemann, dem Beklagten zu 2, bewohnten Hausgrundstücks Ö [REDACTED] weg [REDACTED] in H [REDACTED] (Grundbuch Band [REDACTED], Heft 25 Lgb. Nr. 5333/50, 1 a 91 qm). Sie hatte dieses Grundstück durch notariellen Kaufvertrag vom 7. Dezember 1953/4. Januar 1954 zum Preis von 40 000 DM erworben, wobei sie einen Teil des Kaufpreises von 10 000 DM durch Aufnahme eines Darlehens beigebracht hatte. Die Klägerin ist die Mutter der Beklagten zu 1. Mutter und Tochter waren als gesetzliche Erben des im Jahre 1933 verstorbenen Hoteliers Reinhard N. [REDACTED] Miteigentümerinnen des Hotelgrundstücks "A [REDACTED]" in H [REDACTED], R [REDACTED] Straße [REDACTED]. An diesem Grundstück war die Klägerin bereits vor dem Tod ihres Ehemanns als Miteigentümerin zu 1/3 beteiligt. Das Hotel "A [REDACTED]" wurde durch eine offene Handelsgesellschaft (oHG), der die Klägerin und die Beklagte zu 1 als Gesellschafter angehörten, betrieben. Die letzte Bilanz für die Firma Hotel A [REDACTED] oHG wurde zum 31. Dezember 1954 erstellt. Sie gab den Stand der Kapitalanteile mit 17 011,92 DM für die Klägerin und mit 69 571,87 DM für die Beklagte zu 1 an. Zufolge eines Vergleichs vom 23. März 1956 in dem Rechtsstreit 2 O 19/55 Landgericht Heidelberg ist die Klägerin zum 31. März 1956 aus der oHG ausgeschieden. Das Unternehmen wird von der Beklagten zu 1 allein weitergeführt. Ein Betrag von 30 000 DM wurde bei der oHG als Entnahme auf einem Sonderkonto Lisa B. [REDACTED] (die Beklagte zu 1) verbucht.

Die Klägerin hat behauptet, sie habe zu dem Kauf des Hausgrundstücks Ö [REDACTED] weg [REDACTED] durch Wechselakzepte und Diskontierung 30 000 DM schenkweise zur Verfügung gestellt. Die Schenkung sei mit der Auflage erfolgt, daß der



Klägerin auf Lebenszeit ein Nießbrauch an dem Grundstück eingeräumt werde. Die Beklagten hätten aber den Nießbrauch nicht bestellt; die Klägerin habe die Schenkung daher wegen groben Undanks widerrufen.

Der Beklagte zu 2, hat die Klägerin weiter vorge-
tragen, habe für seine Bemühungen anlässlich des Hauskaufs
als "Provision" 1 000 DM verlangt und erhalten. Auch inso-
weit handle es sich jedoch um eine Schenkung, die ebenfalls
wegen groben Undanks widerrufen werde, weil der Beklagte
zu 2 seine Ehefrau dazu bestimmt habe, den Nießbrauch nicht
zu bestellen.

Im ersten Rechtszug hat die Klägerin beantragt,

1. die Beklagte zu 1 zur Auflassung des Grundstücks
Ö [REDACTED] weg an die Klägerin und bei-
de Beklagten zur Räumung und Herausgabe des Grund-
stücks zu verurteilen,
2. fürsorglich:
die Beklagte zu 1 zur Zahlung von 30 000 DM an
die Klägerin zu verurteilen,
3. ganz fürsorglich:
die Beklagte zu 1 zu verurteilen, in die Eintra-
gung eines lebenslänglichen Nießbrauchsrechtes
zugunsten der Klägerin einzuwilligen, und die Be-
klagten zur Räumung und Herausgabe zu verurtei-
len,
4. den Beklagten zu 2) zur Zahlung von 1 000 DM zu
verurteilen.

Die Beklagten haben Klagabweisung beantragt. Sie haben
eine Schenkung bestritten und in Abrede gestellt, daß der
Klägerin an dem Grundstück ein Nießbrauch habe bestellt wer-
den sollen. Der Beklagte hat auch bestritten, 1 000 DM von
der Klägerin erhalten zu haben. Die Beklagten führen weiter
aus, die Mittel zum Hauskauf seien zu 10 000 DM durch Hypo-
thekaufnahme, im übrigen aber durch Entnahme aus der offenen
Handelsgesellschaft zu Lasten des Kapitalkontos der Beklagten

zu 1 aufgebracht worden. Vorsorglich haben sie noch geltend gemacht, die Klägerin habe auch auf die Einräumung eines Nießbrauchsrechts nachträglich verzichtet, falls ein derartiger Anspruch der Klägerin doch bestanden haben sollte.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Im zweiten Rechtszug hat die Klägerin schließlich nurmehr beantragt, in Abänderung des landgerichtlichen Urteils

1. die Beklagte zu 1 zu verurteilen, der Klägerin ein lebenslängliches unentgeltliches Nießbrauchsrecht an ihrem Grundstück Lgb.Nr. 5333/50 einzuräumen und die Eintragung dieser Rechtsänderung im Grundstück zu bewilligen, sowie dieses Grundstück zu räumen und an die Klägerin herauszugeben,
2. den Beklagten zu 2 zu verurteilen, an die Klägerin 1 000 DM nebst 5 % Zinsen hieraus seit Klageerhebung zu bezahlen,
ferner hilfsweise:
3. die Beklagte zu 1 zu verurteilen, an die Klägerin eine Abfindungssumme, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, zu bezahlen.

Die Klägerin hat noch geltend gemacht, selbst wenn keine Schenkung vorliegen sollte, hätten die Beklagten sich doch jedenfalls verpflichtet, der Klägerin einen unentgeltlichen Nießbrauch einzuräumen. Sollte dieser Anspruch wegen der Verfeindung der Parteien aber nicht realisierbar sein, müsse die Beklagte zu 1 für den Nießbrauch eine Abfindung bezahlen.

Die Beklagten haben Zurückweisung der Berufung beantragt. Das Oberlandesgericht hat die Klägerin in seinem Urteil der ursprünglich im Berufungsrechtszug weiter geltend gemachten Ansprüche auf Auflassung und hilfsweise Zahlung von 30 000 DM dem Antrag der Beklagten entsprechend für verlustig erklärt und im übrigen die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre zuletzt im Berufungsverfahren noch aufrechterhaltenen Ansprüche weiter. Die Beklagten bitten um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt aus:

1. Ob die Klägerin der Beklagten zu 1 das Grundstück Ö [REDACTED] weg [REDACTED] geschenkt oder doch die Mittel zum Erwerb schenkweise zur Verfügung gestellt habe und später diese Schenkung rechtswirksam widerrufen habe, bedürfe keiner besonderen Prüfung mehr, da die Klägerin den daraus abgeleiteten Anspruch auf Auflassung nicht mehr geltend mache, sondern die Berufung insoweit zurückgenommen habe.

2. In Frage stehe - abgesehen von dem Rückzahlungsanspruch - nurmehr, ob die Beklagten zu 1 sich verpflichtet habe, der Klägerin ein lebenslängliches unentgeltliches Nießbrauchsrecht an dem Grundstück einzuräumen. Ein solcher Verpflichtungsvertrag sei formfrei, sein Abschluß aber von der Klägerin nicht bewiesen.

Ihr sei zwar zuzugeben, daß gewisse Anhaltspunkte für den Abschluß vorlägen. So sei der Zeugenaussage des Vaters der Grundstücksverkäuferin Dr. R. [REDACTED] zu entnehmen, daß die Beklagten ernstlich daran gedacht hätten, das Grundstück als Wohnstätte für die Klägerin zu erwerben, während sie den Plan gehabt hätten, für sich in unmittelbarer Nähe nach bereits vorliegenden Plänen ein größeres Haus zu bauen. Auch hätten zahlreiche Zeugen im Zusammenhang mit der Einrichtung des neugekauften Hauses den Eindruck gehabt, als

sei das Anwesen im wesentlichen für die Klägerin bestimmt, während die Beklagten an der Absicht festhielten, für sich ein anderes Haus zu bauen. Alle Zeugenaussagen ergäben jedoch, erwägt das Berufungsgericht weiter, nur mit einiger Bestimmtheit, daß die Parteien die Wohnungsnahme der Klägerin in dem Haus längere Zeit erwogen und dafür auch gewisse Vorbereitungen getroffen hätten und daß die Klägerin sich bemüht habe, von den Beklagten eine feste Zusage in dieser Hinsicht zu erhalten. Die Klägerin sei möglicherweise auch der Meinung gewesen, ihr sei ein Wohnungsrecht bereits in bindender Form eingeräumt worden. Den Aussagen der Zeugen lasse sich jedoch nicht mit genügender Sicherheit entnehmen, daß von den Beklagten, insbesondere von der Beklagten zu 1, in der Tat eine bindende Erklärung über ein lebenslängliches unentgeltliches Nutzungs- oder Wohnrecht abgegeben worden sei. Selbst der Zeuge Sch[REDACTED], der eine Unterredung mit den Beklagten hatte und am 5. August 1954 die Frage des lebenslänglichen Wohnungsrechts der Klägerin zur Sprache gebracht hatte, habe nicht bekunden können, daß die Beklagten eine feste Zusage gemacht hätten, im Gegenteil die Beklagten hätten nach der Bekundung des Zeugen eine solche Zusage entschieden in Abrede gestellt. Demnach bleibe die Möglichkeit offen, daß die Beklagten, nachdem sie das Wohnen der Klägerin in dem strittigen Hause wohl erwogen und erörtert hätten, später diesen Plan geändert und beschlossen hätten, selbst in das Haus zu ziehen. Für diese naheliegende Möglichkeit spreche, daß die Klägerin nähere Einzelheiten über die Ausgestaltung des Nießbrauchs oder Wohnrechts nicht habe angeben können. Gegen die Annahme einer Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauchs oder Wohnrechts bestünden aber außerdem noch durchgreifende Bedenken. Die Behauptung der Klägerin, sie habe aus eigenen Mitteln wesentliche Beträge zum Erwerb des Hauses beigesteuert, sei widerlegt. Der zur Bezahlung des Grundstückskaufpreises mitverwendete Betrag

von 30 010 DM stamme unstreitig aus den Mitteln der offenen Handelsgesellschaft. 5 000 DM seien bereits in der Bilanz vom 31. Dezember 1953 zu Lasten des Kapitalkontos der Beklagten zu 1 berücksichtigt. Weitere 25 010 DM seien auf ein Sonderkonto der Beklagten zu 1 verbucht worden, später aber ebenfalls als eine den Kapitalanteil der Beklagten zu 1 mindernde Entnahme. So sei auch in der Auseinandersetzungsbilanz (Abschichtungsbilanz) zum 31. März 1956 die Entnahme als zu Lasten der Beklagten zu 1 kapitalmindernd in Erscheinung getreten.

Bei dieser Sachlage seien auch die noch nicht erledigten Beweisangebote der Klägerin nicht geeignet, dem Berufungsgericht die volle Überzeugung der Richtigkeit ihres Sachvortrags zu verschaffen. Selbst wenn die von der Klägerin benannten Zeugen R., M., O., B. und Emilie Ba. die in ihr Wissen gestellten Behauptungen bestätigen sollten, so würden sich hieraus keine brauchbaren Anhaltspunkte für eine bindende Zusage der Beklagten hinsichtlich des Nießbrauchs, auf die es allein ankomme, gewinnen lassen. Das gelte auch für die beantragte Beeidigung des Zeugen Scha. Selbst wenn er abweichend von seiner bisherigen Aussage bekunden würde, der Beklagte zu 2 habe ihm erklärt, er würde 1957 selbst bauen und dann könne die Klägerin ihr Haus haben, so würde das noch nicht ergeben, daß der Klägerin das Recht auf lebenslängliche unentgeltliche Nutzung zugestanden worden sei. Denn für die Beklagten habe kein ersichtlicher Anlaß bestanden, der Klägerin, die nichts Wesentliches zum Erwerb des Grundstücks beigetragen habe, derart weitgehende Rechte einzuräumen, die sie selbst praktisch von der Verwertung des Grundstücks ausgeschlossen hätten.

Mangels eines Beweises für ein Recht der Klägerin spiele die Frage, ob sie auf Rechte verzichtet habe, keine Rolle.

Ebensowenig bedürfe der geltend gemachte Anspruch auf Abfindung der Rechte der Klägerin einer Erörterung.

3. Auch dem Anspruch auf Verurteilung des Beklagten zu 2 zur Rückzahlung von 1 000 DM habe das Landgericht mit Recht nicht stattgegeben. Selbst wenn der Beklagte zu 2 diesen Betrag für die Vermittlung des Grundstückskaufs erhalten haben sollte, fehle es doch schon an einem Beweis dafür, daß die Hingabe des Geldes schenkweise erfolgt sei und daß es aus persönlichen Mitteln der Klägerin gestammt habe. Vielmehr ergebe sich aus der Verbuchung des Betrages zu Lasten des Unkostenkontos der offenen Handelsgesellschaft, einer Verbuchung, die die Klägerin selbst angeordnet habe, daß es sich um Gesellschaftsmittel gehandelt habe. Die Klägerin könne daher Zahlung an sich selbst nicht verlangen.

II.

Die Würdigung der Angriffe der Revision gegen das Berufungsurteil ergibt:

1. Die Revision erachtet § 448 ZPO als verletzt. Das Berufungsgericht habe, macht sie geltend, für eine Verpflichtung der Beklagten zu 1 zur Nießbrauchsbestellung gewisse Anhaltspunkte der Beweisaufnahme entnommen. Dann habe das Berufungsgericht, bevor es die Klägerin habe für beweisfällig erklären können, prüfen müssen, ob nicht durch Parteivernehmung die volle Überzeugung des Gerichts begründet werden könne. In Frage sei nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens nur die Vernehmung der Klägerin gekommen. Das Urteil ergebe nicht, daß das Berufungsgericht sich seiner Pflicht bewußt gewesen sei.

Diese Rüge bringt das Urteil nicht zu Fall. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 6. März 1951 (LM ZPO

§ 448 Nr. 2) ausgeführt, regelmäßig müsse davon ausgegangen werden, daß dem Tatrichter die Bestimmungen des § 448 ZPO bekannt seien. Auch wenn in den Urteilsgründen nichts darüber gesagt sei, müsse daher angenommen werden, daß das Gericht das ihm in jener Vorschrift eingeräumte Ermessen habe walten lassen. Soweit daher die Revision die Verletzung dieser Vorschrift rüge, müsse sie bestimmte Tatsachen darlegen, aus denen sich ergebe, daß das Gericht in dem entschiedenen Fall pflichtwidrig unterlassen habe, sein Ermessen nach § 448 ZPO walten zu lassen, oder daß es die ihm hierin gesetzten Grenzen überschritten habe. Nach diesen Grundsätzen liegt hier ein Verfahrensverstoß nicht vor. Die Revision hat Tatsachen im Sinn der Grundsätze nicht angeführt. Es liegt zudem nahe, daß das Berufungsgericht von einer Parteivernehmung sich keinen Einfluß auf seine Überzeugung versprach, weil durch sie der von ihm als durchgreifendes Bedenken bezeichnete Gesichtspunkt nicht hätte beseitigt werden können, ein Grund für die Einräumung eines Nießbrauchs ohne finanzielle Beteiligung der Klägerin am Grundstückserwerb sei nicht einzusehen. Gegen die Vernehmung der Klägerin mag auch gesprochen haben, daß sie keinerlei Einzelheiten für die Ausgestaltung des Nießbrauchs oder Wohnrechts anzuführen vermochte.

Da die Rüge schon aus prozessualen Gründen nicht durchschlägt, kann unerörtert bleiben, ob die behauptete Verpflichtung mangels erkennbarer Gegenleistung nicht ein Schenkungsversprechen gewesen wäre, das der - unstreitig nicht eingehaltenen - Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung beduft hätte (§ 518 BGB).

2. Im ersten Rechtszug hat die Klägerin behauptet, die Beklagte zu 1 habe in Gegenwart ihres Ehemanns sehr betont, der Klägerin müsse unter allen Umständen ein Nutzungsrecht

auf Lebenszeit eingetragen werden, worauf der Beklagte zu 2 gesagt habe: "Habt ihr denn so wenig Zutrauen zu mir?" Als Beweis hatte die Klägerin "Parteivernehmung" angeboten. In der Berufungsbegründung ist dieser Vorgang nicht erwähnt. Sie enthält jedoch die Bezugnahme auf den Vortrag des ersten Rechtszugs und die dort gemachten Beweisangebote. Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht dem Beweisantrag nicht stattgegeben hat.

Das Berufungsgericht hat jedoch einen umfangreichen Beweisbeschuß erlassen und durchgeführt. Die Klägerin hat im Schriftsatz vom 16. Februar 1957 zum Beweisergebnis dann Stellung genommen und weitere Beweise angeboten. Wenn die Klägerin weder in diesem - vorgetragenen - Schriftsatz noch in der Folge auf ihr Beweisangebot zurückgekommen ist, so konnte, zumal da es sich nur um allgemeine Bezugnahme handelte, das Berufungsgericht jedenfalls annehmen, der Beweisantrag werde nicht mehr aufrechterhalten (RG HRR 1931 Nr. 622).

3. Unbegründet ist der Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht habe zu Unrecht Beweise teils ohne Begründung, teils in unzulässig vorweggenommener Beweiswürdigung nicht erhoben.

Im einzelnen weist die Revision auf folgende Beweisangebote oder Beweismittel hin:

a) Zeuge L [REDACTED]: seine Vernehmung war angeordnet, er ist jedoch laut Feststellung im Protokoll vom 15. Oktober 1956 am 16. September 1956 verstorben.

b) Zeugen Emil und Maria W [REDACTED]: diese Zeugen sind vernommen worden, ihr richtiger Name ist Bischung.

c) Zeuge R [REDACTED]: dieser Zeuge soll ständig mit der Klägerin zusammen gewesen sein und bekunden können, daß niemals von etwas anderem die Rede gewesen sei, als daß die Klägerin das Grundstück zu eigen und zur freien Benutzung habe erhalten sollen. Der Zeuge war also nicht als unmittelbarer Tatzeuge benannt, das Beweisthema war nicht der Vertragsschluß zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 über Nießbrauch- oder Wohnrechtgewährung. Es konnte sich auch um eine vom Berufungsurteil als möglich angesehene bloße Absicht der Beklagten zu 1 handeln, ihrer Mutter das Haus zur Verfügung zu stellen. Allenfalls handelte es sich um ein Beweisanzeichen (Indiz für den Vertragsschluß). Das Berufungsgericht brauchte einen solchen indirekten Beweis nicht zu erheben, wenn es - ohne Rechtsirrtum - von der unter Beweis gestellten Tatsache einen sicheren Schluß auf die zu beweisende Tatsache, hier den Vertragsschluß, nicht glaubte ziehen zu können (BGH Urteil vom 20. Oktober 1952 - IV ZR 68/52 - LM ZPO § 539 Nr. 1).

d) Zeugin Annemarie M [REDACTED]: Sie sollte bekunden, daß die Klägerin nicht, wie der Beklagte zu 2 bei seiner Einvernahme angegeben hatte, bei einem Ferngespräch mitgeteilt hatte, sie habe an dem Haus kein Interesse mehr und werde sich ein Haus im Schwarzwald bauen. Die unter Beweis gestellte Tatsache war schon deswegen für den Tatrichter nicht erheblich, da sie den Verzicht auf ein nicht nachgewiesenes Recht der Klägerin betraf.

e) Josef O [REDACTED], Josef und Karl B [REDACTED]: Diese Zeugen sollten bekunden, daß die Klägerin bei einem Besuch im Schwarzwaldort B [REDACTED] keinerlei Absicht habe verlauten lassen, sich dort anzusiedeln, wie die Beklagten behauptet hatten. Es gilt das zu d Gesagte.

f) Eine Auskunft der Heizungsfirma Anke (H [REDACTED] oder A [REDACTED]) in H [REDACTED] sowie das Zeugnis des Kassiers der Heizungsfirma und eines Werkmeisters H [REDACTED] sollten dar- tun, daß die Klägerin zum Ausbau der Heizung im gekauften Anwesen 1 000 DM aufgewendet habe. Für dieses Beweisthema und dafür, daß der Betrag ihrem Privatkonto belastet wor- den sei, waren auch die Zeugen Dr. Sch [REDACTED] und L [REDACTED] benannt. Die Vernehmung dieser letzteren Zeugen wurde im Beweisbe- schluß vom 9. Juli 1956 auch angeordnet. Der Zeuge L [REDACTED] war verstorben, der Zeuge Dr. Sch [REDACTED] konnte zu dieser Beweisfrage nichts bekunden. Hier gilt das zu 2 am Ende Gesagte. Die Klägerin hätte ihre Beweisanträge zur Heizungskostenzah- lung nach der Beweisaufnahme erneuern müssen, wenn sie sie aufrecht erhalten wollte.

g) Auskunft der Firma J [REDACTED] in H [REDACTED]: Durch sie sollte bewiesen werden, daß die Klägerin bei der Firma mit Wissen der Beklagten zu 1 Gardinen bestellt und dort auch mit einem Scheck auf ihr eigenes Konto bezahlt habe. Zu diesem Punkt hat das Berufungsgericht Frau St [REDACTED] als Gegenzeugin der Beklagten vernommen, auch die Zeugin L [REDACTED] hat sich zur Anfertigung der Gardinen geäußert. In der auf die Beweiserhebung folgenden Erörterung des Beweis- ergebnisses hat die Klägerin sich darauf beschränkt, die Durchschrift einer Rechnung für Vorhangstoffe der Firma J [REDACTED] vorzulegen. Auch hier hätte die Klägerin frühere Be- weisanträge wiederholen müssen, wenn sie auf sie noch Wert legte.

Eine ausdrückliche Würdigung findet die Frage, wer die Gardinen für das Haus gekauft hat, im Berufungsurteil aller- dings nicht. Es handelt sich aber auch hier nur um ein Beweis- anzeichen. Wenn es auch im Beweisbeschluß aufgeführt war, hätte es doch ersichtlich nur im Zusammenhalt mit andern Beweismit-

teln allenfalls einen Vertrag über die Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauchs beweisen können. Das Berufungsgericht brauchte sich nicht mit jedem einzelnen Beweismittel und mit jeder Zeugenaussage auseinanderzusetzen (BGHZ 3, 162, 175), wenn es nur im Ganzen eine sachentsprechende Beurteilung vornahm. Dies liegt vor, indem das Berufungsgericht nur die Vorbereitung für eine Benutzung des Hauses und eine möglicherweise bestehende ursprüngliche Absicht der Beklagten zu 1, der Klägerin das Haus zur Verfügung zu stellen, dem Beweisergebnis entnehmen zu können erklärte.

Deswegen ist auch es für den Bestand des Berufungsurteils unschädlich, wenn das Berufungsgericht nicht ausdrücklich den von der Zeugin S. [REDACTED] bezeugten Umstand gewürdigt hat, daß die Klägerin Hausschlüssel zu dem Haus bekam, die Beklagte zu 1 aber später hat andere Schlösser anbringen lassen. Dasselbe gilt von dem durch die Zeugin Maria B. [REDACTED] bezeugten Umstand, daß die Beklagte zu 1 in Gegenwart der Zeugin nicht widersprochen hatte, als die Klägerin sagte, sie habe sich das Haus gekauft. Aus dieser Bemerkung war um so weniger ein sicherer Schluß im Sinn der Klagebehauptungen zu ziehen, als ja unbestrittenermaßen der Kauf zwischen der Beklagten zu 1 und der Verkäuferin abgeschlossen worden ist.

Darin, daß das Berufungsgericht den von den Beklagten geltend gemachten Verzicht der Klägerin nicht zu der Frage erörtert hat, ob eine vertragsmäßige Bindung hinsichtlich eines Nießbrauchs zustande gekommen sei, liegt kein Rechtsverstoß. Dieser Verzicht war ausdrücklich nur vorsorglich geltend gemacht (Schriftsatz der Beklagten vom 27. März 1957 S. 3 und 7). Außerdem kann man nicht nur auf Rechte verzichten, die man tatsächlich hat, wie die Revision meint, sondern auch auf solche, die man nur zu haben glaubt.

Ein Beweis des ersten Anscheins für eine bindende Verpflichtung der Beklagten zu 1, einen Nießbrauch zu bestellen, lag nicht vor, da es an einem typischen Geschehensablauf fehlt. Ebensowenig liegt ein Anhaltspunkt dafür vor, daß das Berufungsgericht die an die Beweisführung bei der Unzulänglichkeit menschlicher Erkenntnis zu stellenden Anforderungen (RGZ 102, 316, 321; BGHZ 7, 116) überspannt hätte, wie die Revision es behauptet.

4. Soweit die Revision sich gegen die Abweisung der Klage gegen den Beklagten zu 2 richtet, kann ihr der Erfolg nicht versagt werden.

Sie macht geltend, der Betrag von 1 000 DM, dessen Zahlung durch die Klägerin an den Beklagten zu 2 das Berufungsgericht in seinen Urteilsgründen unterstellt, sei nach der Behauptung der Klägerin für die Unterstützung beim Kauf des Grundstücks vom Beklagten zu 2 verlangt und von der Klägerin aus deren persönlichen Mitteln an ihn gezahlt worden. Betrachte man den gezahlten Betrag als Provision, so habe der Beklagte zu 2 ihn ohne Rechtsgrund erhalten, wenn die Klägerin kein Recht am Grundstück erlangt habe. Sehe man die Zahlung aber als Schenkung an, so gründe sich der Rückforderungsanspruch auf groben Undank des Beklagten zu 2.

In letzterer Hinsicht kann der Revision nicht gefolgt werden; denn es fehlt, berücksichtigt man die tatsächliche Feststellung des Berufungsgerichts, an dem Nachweis des groben Undanks. Der Berufungsrichter hat es nicht als bewiesen erachtet, daß die Klägerin vertragsmäßigen Anspruch auf die Einräumung eines Nießbrauchs erlangt habe. Die Vereitelung einer bloßen Aussicht der Klägerin auf Einräumung eines Nießbrauchs kann aber nicht als schwere Verfehlung gegen sie und als grober Undank gewertet werden.

Zu berücksichtigen ist aber, daß nach den Behauptungen der Klägerin der Beklagte zu 2 den Betrag von 1 000 DM für seine Bemühungen beim Kauf des Hauses erhalten haben soll, insbesondere dafür, daß er den Preis herabgedrückt haben soll (Schriftsatz der Klägerin vom 25. Juni 1956 S. 1 - II 79 - und vom 16. Februar 1957 S. 6 - II 233 -). Er soll auch den Betrag selbst als Provision gefordert haben. Ein solches Verlangen war nur sinnvoll, wenn der Klägerin von dem Hauskauf in irgendeiner Form ein Vorteil zufloß, insbesondere wenn sie ein Wohnrecht an dem Anwesen erhielt, nicht aber, wenn die Ehefrau des Beklagten zu 2 einen Vermögensgegenstand zum ausschließlichen eigenen Genuß erwarb. Soweit unter diesen Umständen - immer vom Klagevortrag ausgehend - nicht schon eine stillschweigende entsprechende Bedingung bei der Hingabe des Betrages als vereinbart angesehen werden müßte, waren doch beide Parteien, die Klägerin und der Beklagte zu 1, von dem späteren Eintritt einer Berechtigung der Klägerin an dem Anwesen ausgegangen, die allein einen Grund dafür abgab, dem Beklagten zu 2 1 000 DM zuzuwenden. Dann aber würden Treu und Glauben (§ 242 BGB) die Rückzahlung des Betrages wegen Wegfalls (richtiger: Nichtetrtritts) der Geschäftsgrundlage fordern. Daß im allgemeinen nach Abwicklung eines Geschäftes der Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht mehr berücksichtigt werden kann, stünde hier dem Rückforderungsanspruch nicht entgegen, da der erwähnte Grundsatz nicht ausnahmslos durchgeführt wird und sogar beim entgeltlichen Mäklervertrag, der hier mangels entsprechender Klagbehauptungen für den Rückforderungsanspruch ausscheidet, der Mäklerlohn nicht schon mit den Bemühungen des Mäklers verdient ist, sondern erst mit dem Abschluß des für den Auftraggeber bedeutungsvollen Geschäftes, dem hier nicht schon der Kauf durch die Beklagte zu 1, sondern die Begründung eines Rechts auf Nießbrauch oder Wohnung durch die Klägerin entsprechen würde.

Diese Erwägungen würden allerdings nicht durchgreifen, wenn der (etwaige) Rückforderungsanspruch nicht der Klägerin, sondern der offenen Handelsgesellschaft zustände. Das trifft aber nicht zu. Daß die Klägerin bei der Hingabe des Betrages im Namen der offenen Handelsgesellschaft gehandelt hätte, war weder von ihr noch vom Beklagten zu 2 behauptet, der überhaupt bestreitet, dieses Geld erhalten zu haben. Der Hauskauf war gerade nach den Behauptungen der Beklagten als ein privates, von der offenen Handelsgesellschaft unabhängiges Geschäft durchgeführt worden, nachdem der Erwerb durch die offene Handelsgesellschaft zunächst aus steuerlichen Gründen erwogen worden war (Schriftsatz vom 28. Februar 1955 S. 2 - I 29 -). Das Rechtsgeschäft, das in der behaupteten Schenkung von 1 000 DM lag, war daher in eigenem Namen der Klägerin geschlossen (vgl. auch § 164 Abs. 2 BGB). Die Buchung in den Geschäftsbüchern auf Unkosten der offenen Handelsgesellschaft war demgegenüber ein innerer, dem Geschäftsgegner nicht zu Tage tretender Vorgang, der hier für die Frage, in wessen Namen das Geschäft geschlossen worden war, außer Betracht bleiben muß. Der Betrag ist auch entgegen der Meinung der Vorinstanzen trotz dieser Verbuchung insofern aus dem Vermögen der Klägerin gegeben, als es an einem rechtfertigenden Grund für die Buchung eines gesellschaftsfremden Geschäftes zu Lasten der offenen Handelsgesellschaft fehlte und daher die Klägerin der offenen Handelsgesellschaft gegenüber für die etwaige Entnahme des Betrages aus dem Gesellschaftsvermögen ersatzpflichtig war.

Fehl ginge dagegen der Versuch der Revision, die Sachbezugnis der Klägerin wenigstens zur Hälfte aus der Auflösung und Auseinandersetzung der offenen Handelsgesellschaft abzuleiten. Die Revision übersieht nämlich, daß nach dem Vergleich vom 23. März 1956 zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 in der Sache 2 Q 19/55 des Landgerichts Heidelberg die Auseinandersetzung der offenen Handelsgesellschaft in der Weise vor-

genommen worden ist, daß die Beklagte zu 1 das Unternehmen, d.h. das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft übernommen hat und dafür das Guthaben der Klägerin auszahlen sollte. Die Auffassung der Klägerin, das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft sei nach dem Vergleich zwischen ihr und der Beklagten zu 1 hälftig geteilt (Schriftsatz vom 9. August 1957 S. 1 - II 323 -), ist also nur rechnerisch richtig. Einen etwaigen Anspruch der Gesellschaft hätte also nunmehr die Beklagte zu 1 als eigenen geltend zu machen.

Erscheint nach dem oben Dargelegten die Klage in der Richtung gegen den Beklagten zu 2 im Gegensatz zur Meinung des Berufungsrichters schlüssig, so greift die Rüge der Revision durch, daß die Zeugin Emilie B. gemäß dem Beweisangebot im Schriftsatz vom 16. Februar 1957 S. 7 - II 235 - hätte vernommen werden müssen, der der Beklagte zu 2 von dem Empfang des Betrages von 1 000 DM und dem Grund für die Zahlung nach der Behauptung der Klage erzählt haben soll. Durch die beschränkte Unterstellung, die Klägerin habe dem Beklagten zu 2 den Betrag gezahlt, war dem Beweisangebot nicht Genüge getan, jedenfalls schon deswegen, weil die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden kann, daß das Berufungsgericht, hätte es die Sachlegitimation der Klägerin nicht verneint, die Behauptungen der Klägerin über den Grund der Hingabe des Geldes für glaubhaft erachtet hätte, wenn dem Beklagten zu 2 nachgewiesen würde, daß er entgegen seinem Bestreiten den Betrag von 1 000 DM doch erhalten hätte.

III.

Nach alledem war das Berufungsurteil insoweit aufzuheben, als es über den Klageanspruch gegen den Beklagten zu 2 ent-

schieden hat, und die Sache insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverweisen. Im übrigen war die Revision zurückzuweisen.

Der Rechtsstreit ist somit in der Richtung gegen die Beklagte zu 1 sachlich endgültig entschieden, während er gegen den Beklagten zu 2 weiter fortgesetzt wird. Darüber, ob in solchem Fall bereits teilweise über die Kosten entschieden werden kann oder gar muß, oder ob die Entscheidung über die ganzen Kosten des Rechtsstreits dem späteren (Schluß-) Urteil vorzubehalten ist, besteht Streit (für die Zulässigkeit unter anderem RG JW 1914, 155, 156; Wieczorek, ZPO § 300 E II; OLG Nürnberg BayJMB1 1953, 93; dagegen Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. § 91 IV 2, § 100 Anm. 1 a; Baumbach/Lauterbach, ZPO 25. Aufl. § 97 Anm. 1 B, siehe aber auch § 91 Anm. 2 a). Der Senat ist der Auffassung, daß zumindest eine Kostenentscheidung nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Das Gesetz selbst enthält keine ausdrückliche Regelung. Das Aufschieben der Kostenentscheidung birgt für den obsiegenden Streitgenossen unter Umständen die Gefahr, daß sein Kostenerstattungsanspruch wegen Verarmung des Zahlungspflichtigen nicht mehr verwirklicht werden kann. Die Vorabentscheidung über einen Teil der Kosten findet sich auch im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15. Juni 1959 - II ZR 44/58 -. Das Urteil des IV. Zivilsenats vom 6. März 1952 - IV ZR 80/51 - BGHZ 5, 240, 250 nötigt nicht zur Anrufung des Großen Zivilsenats nach § 136 GVG, da der IV. Zivilsenat auf Anfrage erklärt hat, die dortigen Ausführungen bezögen sich nur auf den damaligen besonders gelagerten Fall und es habe nicht der Satz aufgestellt werden sollen, daß ein Teilurteil keine Kostenentscheidung enthalten könne.

Da die Klägerin gegenüber der Beklagten zu 1 voll unterlegen ist, waren ihr deren außergerichtliche Kosten voll aufzuerlegen. Von ihrer Klage, die insgesamt mit 41 000 DM zu bewerten war, ist die Klägerin mit 40 000 DM endgültig unterlegen. Sie hat daher von den Gerichtskosten und ihren eigenen Kosten in den bisherigen drei Instanzen 40/41 zu tragen. Im übrigen mußte die Kostenentscheidung dem Berufungsgericht übertragen werden.

Dr. Augustin

. Schuster

Rothe

Dr. Freitag

Dr. Mattern