

33. 1. Ist der Einzelrichter befugt, ein Beweismittel auf Grund des § 529 ZPO. zurückzuweisen?

2. Wann kann Verzicht auf die Rüge eines Verfahrensmangels angenommen werden?

ZPO. §§ 295, 349, 523, 523a, 529.

VI. Zivilsenat. Urst. v. 17. Januar 1929 i. S. Th. (Rl.) w. R. u. Gen. (Besl.). VI 249/28.

I. Landgericht III Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Der Kläger verkaufte durch notariellen Vertrag vom 16. November 1922 ein Grundstück an R. für 26000 M. Der Kaufpreis wurde nach Inhalt der Vertragsurkunde vollständig durch Übernahme

von Hypotheken belegt. K. wurde am 24. März 1923 als Eigentümer eingetragen.

Mit der Behauptung, daß neben dem beurkundeten Preise noch ein Barbetrag von 12000 M. von K. entrichtet und daß der in Wirklichkeit geschlossene Kaufvertrag nicht behördlich genehmigt worden sei, verlangt der Kläger von den Beklagten als den Erben des K. Einwilligung, daß er im Wege der Grundbuchberichtigung wieder als Eigentümer eingetragen werde. Die Beklagten bestreiten die Behauptung über die Zahlung des Barbetrags. Das Landgericht wies nach Vernehmung des vom Kläger benannten Zeugen Kr. die Klage ab; in den Entscheidungsgründen wies es einen zweiten Beweistritt des Klägers, die Benennung seiner Ehefrau als Zeugin, als verspätet und unerheblich zurück. Der Kläger legte Berufung ein; im Berufungsverfahren wurde seine Ehefrau zu Protokoll des Einzelrichters vom 12. Oktober 1927 vernommen. Nach der Vernehmung beantragte der Kläger, noch den Vermittler Ka. als Zeugen zu vernehmen, der bei den Verhandlungen zugegen gewesen sei. Auf Antrag der Beklagten wies der Einzelrichter diesen Beweisritt als „aus grober Fahrlässigkeit verspätet vorgebracht“ zurück. In der darauf folgenden mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht trug der Kläger auch den Inhalt seines letzten Schriftsatzes vor, mit dem er eine eidesstattliche Versicherung des Ka. vom 11. Oktober 1927 überreicht hatte. Das Berufungsgericht hat die Entscheidung von einem Eide der Beklagten K. abhängig gemacht; sie soll schwören, daß sie nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung nicht die Überzeugung von der Zahlung eines Barbetrags erlangt habe.

Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Gründe:

Die Revision macht geltend, daß der Einzelrichter zur Zurückweisung des Beweisritts nicht befugt gewesen, übrigens auch eine Verzögerung des Rechtsstreits nicht festgestellt sei; der Zeuge Ka. sei an Gerichtsstelle anwesend gewesen. Das letztere, worüber das Protokoll keine Auskunft gibt, mag dahingestellt bleiben. Die erste Rüge trifft jedenfalls zu. Der Einzelrichter war nach § 349 ZPO. zur Zurückweisung nicht befugt, und zwar gemäß § 523a ZPO. nicht einmal bei Einverständnis der Parteien (vgl. Stein-Jonas 14. Aufl. § 349 Anm. III, § 350 Anm. III; Schönow-Busch 19. Aufl.

§ 349 Anm. 3). Ob trotz der Vorschrift des § 523a ZPO. dieser Verfahrensfehler durch Rügeverzicht gemäß § 295 ZPO. hätte geheilt werden können (dagegen Stein-Jonas § 350 III, § 523a III; Büschel in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß Bd. 51 S. 94), bedarf keiner Untersuchung, denn ein Verzichtswille des Klägers (RP. 1899 S. 742 Nr. 9; RGZ. Bd. 103 S. 338) ist nicht anzunehmen. Er hat zwar den Fehler in der mündlichen Verhandlung vom 18. Januar 1928 nicht ausdrücklich gerügt, aber er hat den Zeugen Ka. von neuem benannt. Denn anders ist es nicht zu verstehen, wenn er entsprechend dem Inhalt seines Schriftsatzes die eidesstattliche Versicherung Ka.s, die kein zulässiges Beweismittel war, mit dem Bemerkten vorgelegt hat, daß er Ka. bereits als Zeugen benannt habe. Nunmehr mußte das Berufungsgericht in seiner vollen Besetzung zu der Frage Stellung nehmen, ob es den Beweisanztritt gemäß § 529 ZPO. zurückweisen wollte. Das ist nicht geschehen; die Entscheidungsgründe enthalten darüber nichts. Daß der Beweisanztritt übersehen oder für unerheblich erachtet worden wäre — in welchen Fällen möglicherweise nur eine mit der Revision nicht verfolgbare Verletzung des § 286 ZPO. in Frage käme —, erscheint nach der Sachlage ausgeschlossen. Es muß vielmehr angenommen werden, daß das Berufungsgericht das Verfahren des Einzelrichters für gesetzmäßig und eine Prüfung, ob die Zurückweisung des Beweisanztritts nach § 529 ZPO. gerechtfertigt war, nicht mehr für erforderlich gehalten hat. Dann sind aber die §§ 349, 523, 523a, 529 ZPO. durch unrichtige Anwendung verletzt.