

64. Zur Anwendung des § 448 ZPO. in der Fassung der Bekanntmachung des Reichsministers der Justiz vom 8. November 1933 (RGBl. I S. 821).

VII. Zivilsenat. Urt. v. 1. Juni 1934 i. S. D. u. Gen. (Bekl.)
w. B. (Bl.). VII 92/34.

I. Landgericht Frankfurt a. D.

II. Kammergericht Berlin.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den folgenden

Gründen:

Der Berufungsrichter führt aus: Die Klägerin stütze sich auf die Behauptung, daß den Beklagten kein Fischereirecht, zum mindesten kein über den Rahmen der Küchenschifferei hinausgehendes Recht, am W. See zustehe. Die Beklagten hätten ihr angebliches Recht zunächst auf verschiedene Rechtsgründe gestützt, ohne indessen den Nachweis ihres Rechtes führen zu können. Sodann hätten sie die Vermutung des § 8 Abs. 2 des preussischen Fischereigesetzes vom 11. Mai 1916 (GS. S. 55) für sich in Anspruch genommen. Nach dieser Bestimmung spreche für den, der ein Fischereirecht bis zum 1. Mai 1914 mindestens 30 Jahre lang als sein eigenes ausgeübt habe, die Vermutung, daß es ihm zustehe, sofern es sich nicht dabei um die Ausübung eines der in § 20 FischG. aufgeführten beschränkten Fischereirechte, insbesondere eines solchen für den häuslichen Gebrauch (Küchenschifferei), gehandelt habe (§ 8 Abs. 3 FischG.). Der Beweis der Voraussetzung dieser Vermutung liege den Beklagten ob. An ihn seien strenge Anforderungen zu stellen. Das Landgericht beschränkte sich darauf, ganz allgemein festzustellen, daß die Beklagten, ebenso wie ihre Rechtsvorgänger, immer frei und offen unbeschränkten Fischfang auf dem W. See betrieben hätten. Der einzelne Beklagte könne aber nicht besser gestellt sein, wenn er mit den übrigen Beklagten zusammen verklagt werde, als wenn er allein als Beklagter der Klägerin gegenüberstehen würde. Stände er allein auf der Beklagtenseite, so hätte er für seine Person oder die seiner Rechtsvorgänger genau darzutun, daß und durch wen bis zum 1. Mai 1914 30 Jahre hindurch die Fischerei als ein ihm vermeintlich zustehendes Recht

ausgeübt worden sei. Diesen Beweis habe auch im vorliegenden Rechtsstreit jeder der Beklagten für sich und seine Vorgänger im Recht zu führen. Es sei der strikte Nachweis zu fordern, daß 30 Jahre lang vor dem 1. Mai 1914 von jedem der Beklagten oder seinem Rechtsvorgänger die Fischerei auf dem W. See als ein ihm vermeintlich zustehendes Recht, und zwar unbeschränkt und nicht nur zum häuslichen Gebrauch, ausgeübt worden sei; dazu genüge freilich, da § 938 BGB. sinngemäß gelte, der Nachweis einer solchen Ausübung am Anfang und am Ende des Zeitraums. Dieser Nachweis sei aber nicht geführt.

Die Revision wendet sich zunächst gegen die letzte Ausführung des Berufungsrichters. Sie meint, der Gedanke, daß der einzelne Beklagte nicht besser gestellt werden dürfe, als wenn er nicht mit den übrigen zusammen verklagt werde, finde im heutigen Recht keinen Boden und sei abzulehnen. Es hätte die eidliche Parteibernehmung stattfinden können und sollen. Die Beklagten zu 3, 7 und 11 seien auch nach ihrem Lebensalter ohne weiteres in der Lage, das freie und offene Fischen der Beteiligten für die ganze Zeit von 1884 bis 1914 zu bekunden... Es würde also durchaus möglich gewesen sein, auch den strengen Anforderungen des Kammergerichts für den Nachweis aus § 8 Abs. 2 FischG. zu entsprechen.

Die Rüge ist begründet.

Das Berufungsurteil ist ergangen auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 2. Januar 1934 und auch an diesem Tage verkündet worden. Nach Art. 9 Nr. I des Gesetzes zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 27. Oktober 1933 (RGBl. I S. 780) sind dessen Bestimmungen mit dem 1. Januar 1934 in Kraft getreten. Art. 9 Nr. III enthält die Übergangsbestimmung, daß die Vorschriften des Gesetzes auf die im Zeitpunkt des Inkrafttretens anhängigen Sachen mit gewissen, hier nicht in Betracht kommenden Maßgaben Anwendung zu finden haben. Es waren also auch anzuwenden die neuen Vorschriften über den „Beweis durch Parteibernehmung“, die an die Stelle des Beweises durch Eid getreten sind. Nach § 445 ZPO. kann eine Partei, die den ihr obliegenden Beweis mit anderen Beweismitteln nicht vollständig geführt oder andere Beweismittel nicht vorgebracht hat, den Beweis dadurch antreten, daß sie beantragt, den Gegner über die zu beweisende Tatsache zu vernehmen. Der Antrag ist nicht zu berücksichtigen,

wenn er Tatsachen betrifft, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet. § 447 ZPO. ermächtigt das Gericht, über eine streitige Tatsache auch die beweispflichtige Partei zu vernehmen, wenn eine Partei es beantragt und die andere damit einverstanden ist. Nach § 448 ZPO. kann auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast das Gericht, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, um seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen, die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien über die Tatsache anordnen. Besteht die zu vernehmende Partei aus mehreren Streitgenossen, so bestimmt das Gericht nach Lage des Falls, ob alle oder nur einzelne Streitgenossen zu vernehmen sind (§ 449 ZPO.). Nach § 452 ZPO. kann das Gericht, wenn das Ergebnis der unbeeideten Aussage einer Partei nicht ausreicht, um es von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache zu überzeugen, anordnen, daß die Partei ihre Aussage zu beeidigen habe. Waren beide Parteien vernommen, so kann die Beeidigung der Aussage über dieselben Tatsachen nur von einer Partei gefordert werden. Endlich bestimmt § 453 Abs. 1 ZPO., daß das Gericht die Aussage der Partei nach § 286 frei zu würdigen hat.

Diese neuen Vorschriften gewinnen erhöhte Bedeutung durch die ebenfalls neu aufgestellte Vorschrift in § 138 Abs. 1 ZPO., wonach die Parteien ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben haben. Vollkommener als die früheren Bestimmungen über den Beweis durch Eid, an dessen Stelle sie getreten sind, sollen sie an ihrem Teile dazu dienen, eine „sichere Findung der Wahrheit“ zu ermöglichen „in enger Fühlung des Richters mit den Parteien“ und in einem „lebendigen Verfahren mit voller Mündlichkeit und Unmittelbarkeit“ (vgl. die Eingangsworte zu dem Gesetz vom 27. Oktober 1933).

Der Richter ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Beklagten sowohl der negativen Feststellungsfrage als auch den übrigen Anträgen der Klägerin gegenüber beweispflichtig sind (§ 18 FiskG., § 1004 BGB.; vgl. das S. 268 dieses Bandes abgedruckte Urteil des erkennenden Senats vom 13. April 1934 VII 324/33). Ob er von der Befugnis des § 448 ZPO. Gebrauch machen wollte, stand allerdings in seinem Ermessen. Er mußte sich aber seiner Befugnis

bewußt sein, auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast zur Parteivernehmung zu schreiten. Da das Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 27. Oktober 1933 am 1. Januar 1934 in Kraft getreten war, die Schlußverhandlung aber am 2. Januar 1934 stattgefunden hat, so wäre zu erwarten gewesen, daß sich der Berufungsrichter über die ihm verliehene neue Befugnis ausgesprochen hätte. Der Umstand, daß er dies nicht getan und die Parteivernehmung mit keinem Worte erwähnt hat, legt die Beforgnis nahe, daß er an die eben in Kraft getretene Vorschrift des § 448 ZPO. nicht gedacht hat. Diese Vorschrift soll zwar ähnlichen Bedürfnissen dienen wie der frühere richterliche Eid. Sie ist aber, wie sich aus dem bereits Dargelegten ergibt, mit den früheren Vorschriften über den richterlichen Eid keineswegs auf eine Stufe zu stellen. Wegen Wegfalls der Beweisbindung des früheren § 463 ZPO. und der förmlichen Eidesnorm wird die Anwendung des § 448 ZPO. in vielen Fällen angezeigt erscheinen, in denen ein richterlicher Eid nicht in Frage gekommen wäre.

Die Sachlage in dem Rechtsstreit war auch nicht derart, daß von vornherein gesagt werden könnte, die Parteivernehmung sei hier zwecklos gewesen und scheide aus diesem Grunde aus... (Wird näher ausgeführt.) Außerdem ist die Darlegung des Berufungsrichters nicht recht verständlich, die Beklagten könnten nicht deshalb besser gestellt werden, weil sie zusammen verklagt seien. Durch diesen Umstand waren sie nämlich in Wahrheit schlechter gestellt, weil ihnen durch die bestehende Streitgenossenschaft die Möglichkeit abgeschnitten war, sich auf das Zeugnis der Mitverklagten zu berufen. Gerade hiergegen hätte die Parteivernehmung als Hilfsmittel in Betracht gezogen werden sollen.

Von einer Anwendung des § 448 ZPO. könnte freilich keine Rede sein, wenn der Berufungsrichter von dem Gegenteil der zu beweisenden Tatsache bereits überzeugt gewesen wäre. Daß das aber der Fall gewesen sei, kommt in den Entscheidungsgründen nicht, jedenfalls nicht mit Sicherheit, zum Ausdruck...