

85. Kann die Aufnahme des Zeugenbeweises dadurch ersetzt werden, daß der Berufungsrichter das Ergebnis der Zeugenaussagen, welches er in einem demnächst aufgehobenen Urteile gemäß §. 147 C.P.D. festgestellt hat, bei der neuen Verhandlung der Sache zum Vortrage bringt?

V. Civilsenat. Urth. v. 22. Dezember 1886 i. S. der v. B.'schen Erben (Rl.) w. den Rentier B. (Defl.) Rep. V. 166/86.

- I. Landgericht I Berlin.
- II. Kammergericht dajelbst.

Die v. B.'schen Erben (Kläger) fordern von dem Beklagten auf Grund eines Vergleiches vom 17. Mai 1882 die Zahlung von 6000 *M.* Der Beklagte hat den Einwand erhoben, daß der Vergleich wegen Irrtumes ungültig sei, und gleichzeitig Widerklage angestellt. Seitens des ersten Richters (des Landgerichtes I Berlin) ist der Beklagte nach dem Klagantrage verurteilt, die Widerklage dagegen abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Königl. Kammergericht zu Berlin durch Urteil vom 7. Februar 1884 die Klage abgewiesen und die Entscheidung über die Widerklage aufrecht erhalten. Gegen dieses Urteil haben beide Teile Revision eingelegt. Das Reichsgericht hat dasselbe sowohl hinsichtlich der Klage als der Widerklage aus prozessualen Gründen aufgehoben und die Sache durch Urteil vom 12. November 1884 zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die zweite Instanz zurückverwiesen. Hierauf ist durch Teilurteil des Königl. Kammergerichtes vom 17. Februar 1885 auf Abweisung der Klage erkannt. Die gegen dieses Urteil von den Klägern eingelegte Revision hat das Reichsgericht für begründet erachtet und die Sache wiederum in die zweite Instanz zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

„Die Entscheidung des Berufungsgerichtes beruht auf folgenden Erwägungen.

Bei der Verhandlung, auf welche sich das jetzt angegriffene Urteil stützt, hat der Beklagte den Einwand erhoben, daß der Vergleich am 17. Mai 1882 wegen Irrtumes für beide Teile unverbindlich sei, und also Kläger auf Erfüllung desselben nicht klagen können. Er behauptet in dieser Beziehung, er habe den Vergleich nur in dem Sinne abgeschlossen und unterschrieben, daß ihm durch denselben alle Entschädigungsforderungen für gezogene Nutzungen und stattgehabte Deteriorationen der Villa vorbehalten bleiben sollten, während der Wille der Kläger dahin gegangen sei, daß durch den Vergleich auf alles nicht ausdrücklich Vorbehaltene verzichtet werden solle. Da es somit an der Willensübereinstimmung in betreff des Gegenstandes des Vergleiches fehle, so meint Beklagter, daß ein bindender Vertrag überhaupt nicht zustande gekommen sei. Die Kläger haben diesen Dissens des Willens bestritten. Von beiden Teilen ist Beweis angetreten.

Der Berufungsrichter hat festgestellt, daß die Behauptung des

Beklagten der Wahrheit entspricht. Er stützt seine Feststellung auf das vorgetragene

„Ergebnis der infolge des Beweisbeschlusses vom 17. September 1883 und vom 31. Januar 1884 erfolgten Beweisaufnahme.“

Der Beweisbeschuß vom 17. September 1883 ist vor dem später aufgehobenen Berufungsurteile vom 7. Februar 1884 erlassen. Er ordnete die Vernehmung mehrerer Zeugen darüber an, ob nach der Abrede der Kontrahenten vor und bei Abschluß des Vergleiches durch den §. 3 desselben dem Beklagten die von ihm behaupteten Ansprüche vorbehalten, oder ob durch denselben alle mit bezug auf die Verträge vom 1./13. Dezember 1878 schwebenden Streitigkeiten beseitigt werden sollten. Die Beweisaufnahme hat am 31. Januar 1884 durch Vernehmung von vier Zeugen in der mündlichen Verhandlung des Prozeßgerichtes stattgefunden. Die Aussagen der Zeugen sind nicht zu Protokoll festgestellt, ihr Inhalt ist vielmehr in dem Thatbestande des aufgehobenen Urteiles vom 7. Februar 1884 mitgeteilt. Der Gerichtshof, dem dieß Ergebnis des Zeugenbeweises vor dem Erlasse des jetzt angefochtenen Urteiles vom 19. Februar 1885 vorgetragen ist, war teilweise anders zusammengesetzt, als derjenige, vor welchem die Vernehmung der Zeugen am 31. Januar 1884 erfolgte.

Der Berufungsrichter argumentiert dahin, der § 3 des Vergleiches sei verschiedener Auslegung fähig, es dürfe deshalb der Vertragswille auf andere Art, als durch die Urkunde, ausgemittelt werden; da die erwähnte Beweisaufnahme die Behauptung des Beklagten bestätige, so liege ein ungültiger Vertrag vor, und Beklagter verweigere mit Recht die Erfüllung desselben.

Die Revision der Kläger wider dieses Urteil muß für begründet erachtet werden.

Dies gilt zunächst von der Beschwerde der Kläger, daß gegen die Vorschriften über Aufnahme des Zeugenbeweises verstoßen ist.

Nach §. 320 C.P.D. erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte. Nur in Ausnahmefällen kann die Abhörung von Zeugen einem Mitgliede des Prozeßgerichtes oder einem anderen Gerichte übertragen werden (vergl. §§. 340. 347 a. a. D.). Die Aussage der vernommenen Zeugen ist gemäß §. 146 Nr. 3 a. a. D. durch Aufnahme in das Protokoll festzustellen. Das Protokoll muß den Beteiligten vorgelesen und nach geschעהener Genehmigung oder nach Beseitigung der Einwen-

dungen von dem vorsitzenden Richter und dem Gerichtsschreiber unterschrieben werden (§§. 148. 149 a. a. D.). Den Inhalt solcher Protokolle hat der Richter sowohl in dem Falle, wenn die Vernehmung der Zeugen vor ihm selbst, als wenn sie vor einem anderen Gerichte erfolgt ist, als das Ergebnis des Zeugenbeweises seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Ebenso steht dem Berufungsrichter frei, seine Feststellung auf Grund der in erster Instanz protokollierten Zeugenaussagen selbständig zu treffen.

Von der Regel, daß Zeugenaussagen zu protokollieren sind, enthält der §. 147 a. a. D. eine Ausnahme. Erfolgt nämlich die Vernehmung vor dem Prozeßgerichte, und unterliegt das Endurteil nicht der Berufung, so kann die Feststellung der Zeugenaussagen unterbleiben. In dem Protokolle ist für diesen Fall nur zu bemerken, daß die Vernehmung stattgefunden hat. Daß die Vorschrift des §. 147 a. a. D. eine Ausnahme von der Regel des §. 146 Nr. 3 a. a. D. bildet, läßt sich nach den legislatorischen Verhandlungen, welche dem Erlasse des Gesetzes vorausgegangen sind, nicht bezweifeln. Seitens der Regierungen ist in der Reichstagskommission die Erwartung ausgesprochen, daß bei einer Vertagung der Verhandlung die Protokollierung der Zeugenaussagen die Regel bilden werde (Prot. S. 56). Das Gesetz hat, wie bereits früher vom Reichsgerichte ausgesprochen ist,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 14 S. 386,
eine Vernehmung der Zeugen vor dem erkennenden Richter im Sinne und setzt die Wissenschaft des Kollegiums durch eigenes Hören an die Stelle des Protokollierens. An einer Vorschrift, wonach der erkennende Richter den Wortlaut der Zeugenaussagen in derselben Weise, wie dies durch das Protokoll geschieht, feststellen solle, fehlt es. Der §. 147 a. a. D. sagt vielmehr:

„Die Feststellung der Aussagen der Zeugen kann unterbleiben, wenn u.“ Es wird deshalb dem Gesetze genügt, wenn der Richter den Inhalt der Aussagen, wie er ihn von Mund zu Ohr aufgefaßt hat, als Grundlage für die von ihm getroffenen thatsächlichen Feststellungen in seinem Urteile wiedergibt. Daraus folgt einerseits, wie das Reichsgericht bereits mehrfach erkannt hat,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 14 S. 379. 383; Gruchot, Beiträge Bd. 30 S. 727; Senffert, Archiv Bd. 41 Nr. 245,
daß die Ausnahmbestimmung des §. 147 a. a. D. nur Anwendung

findet, wenn das Endurteil von demselben Kollegium erlassen wird, vor dem die Zeugenvernehmung stattgefunden hat, und andererseits, daß die Feststellung des Inhaltes der Aussagen durch den erkennenden Richter nicht die Bedeutung einer protokollierten und den Zeugen selbst zur Erklärung mitgetheilten Zeugenaussage besitzt. Wird also das Urteil, in welchem die Feststellung getroffen ist, aufgehoben, so kann bei einer neuen Verhandlung das Ergebnis des früher aufgenommenen Zeugenbeweises nicht durch Verlesung der richterlichen Feststellung des Inhaltes der Zeugenaussagen dargethan werden. Dies gilt unbedingt von dem hier vorliegenden Falle, wenn das Kollegium, vor welchem die neue Verhandlung stattfindet, auch nur teilweise anders, als das frühere besetzt ist. Ob bei unveränderter Besetzung andere Grundsätze eintreten, und es für zulässig erachtet werden kann, daß die Richter aus ihrer Erinnerung die jedenfalls notwendige neue Feststellung des Inhaltes der Aussagen vornehmen dürfen, bedarf hier keiner Erörterung.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 14 S. 382.

An den hiernach für richtig zu erachtenden Grundsätzen über die Aufnahme des Zeugenbeweises wird auch nichts durch den Umstand geändert, daß der Berufungsrichter die Feststellung der Aussagen in den Thatbestand seines Urtheiles aufnimmt. Denn eine Vorschrift, wonach dies geschehen soll, enthält die Civilprozeßordnung nicht. Handelt es sich aber nicht um einen notwendigen Bestandteil des Thatbestandes (§. 284 a. a. O.), so können auch die Vorschriften über die Beweiskraft desselben, welche für das mündliche Parteivorbringen getroffen sind, keine Anwendung finden (§. 285 a. a. O.).

Wie die Sache zu beurteilen wäre, wenn die Parteien den aus dem aufgehobenen Urtheile vorgetragenen Inhalt der Zeugenaussagen als richtig und maßgebend anerkannt, oder auf eine neue Vernehmung der Zeugen verzichtet hätten, braucht, da derartige Erklärungen nicht abgegeben sind, nicht untersucht zu werden.

Es ist vielmehr anzunehmen, daß im gegebenen Falle ein Zeugenbeweis nicht erhoben ist, und daß die demnach auf Grund des Zeugenbeweises vom Berufungsrichter getroffene Feststellung gegen Prozeßgrundsätze verstößt, mithin das Urteil der Aufhebung unterliegt. Daß dieser Verstoß durch das Unterlassen einer Rüge (gemäß §. 267 C.P.O.) nicht geheilt wird, hat das Reichsgericht schon früher entschieden.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 14 S. 382."