

106. Kann der Delat, welcher den ihm zugeschobenen Eid dem Deferenten in einem Falle, in welchem die Zurückziehung des Eides gesetzlich unzulässig ist, in erster Instanz zurückgeschoben hat, in der Berufungsinstanz den Eid noch annehmen?  
 C.P.D. §§. 413. 417. 493.

III. Civilsenat. Ur. v. 18. Februar 1887 i. C. R. (Bekl.) w. G. (Kl.)  
 Rep. III. 264/86.

I. Landgericht Detmold.

II. Oberlandesgericht Celle.

Der Kläger hat dem Beklagten während einer Reihe von Jahren, namentlich in den Jahren 1875—83, Kalk käuflich geliefert. Der Kalk wurde durch die Fuhrwerke des Klägers von dessen Kalköfen in Kohlstädt nach Lemgo, dem Wohnorte des Beklagten, gebracht, und war hier von dem Beklagten abzunehmen. Der Kläger hat eine Restforderung von 2286 *M* eingeklagt. Beklagter bestritt, die für die Jahre 1875—1878 in Rechnung gestellten Quantitäten Kalk erhalten zu haben. Der Kläger trat Beweis durch Zeugen an und schob dem Beklagten eventuell den Eid zu. Das Landgericht erachtete den Zeugenbeweis für verfehlt und machte die Entscheidung von einem dem Kläger auferlegten Eide abhängig, daß es wahr sei, daß er die auf den Rechnungen von 1875—1878 verzeichneten Quantitäten Kalk zu den dort angegebenen Zeiten an den Beklagten verabfolgt habe. Das Landgericht nahm an, daß der Beklagte den ihm zugeschobenen Eid dem Kläger zurückgeschoben habe, und bemerkte, daß der Kläger in Gemäßheit der Vorschriften in den §§. 410. 413. C.P.D. den ihm zurückgeschobenen Eid nur insoweit

auszuschwören habe, als dabei Thatfachen, welche seine eigenen Handlungen betreffen oder Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen seien, in Frage kommen, daß es daher genügen müsse, wenn er die Verabfolgung der fraglichen Quantitäten Kalk beschwöre, wogegen ihm nicht zugemutet werden könne, den Eid auch darüber zu erstrecken, daß der Beklagte die Ware erhalten habe, in letzterer Beziehung vielmehr eine Zurückziehung des Eides nach §. 413 C.P.D. ausgeschlossen sei.

Der Beklagte erhob Berufung. Er beschwerte sich, daß dem Kläger der Eid und so, wie er normiert worden, auferlegt worden sei. Er bestritt, daß er den Eid dem Kläger in erster Instanz zurückgeschoben habe, das Urteil enthalte darüber, in welcher Art er sich über den ihm zugeschobenen Eid erklärt habe, etwas Bestimmtes nicht; falls eine Erklärung auf den ihm zugeschobenen Eid, zu welcher er nach §. 420 C.P.D. hätte aufgefordert werden müssen, vermißt werde, so nehme er den Eid jetzt an. Der Kläger schloß sich der Berufung an und beantragte, prinzipaliter den Beweis der streitigen Kalklieferungen für geführt zu erkennen. Das Oberlandesgericht strich den dem Kläger auferlegten Eid und verurteilte den Beklagten nach dem Klagantrage. Es nahm nach dem Urteile erster Instanz als thatsächlich feststehend an, daß der Beklagte den ihm zugeschobenen Eid zurückgeschoben habe, führte aus, daß die Zurückziehung des Eides nach §. 413 C.P.D. nicht statthaft gewesen sei, weil Gegenstand des von dem Kläger durch die Eideszuschreibung zu führenden Beweises nach der Art des unter den Parteien bestehenden Geschäftsbetriebes nicht nur gewesen sei, daß der Kläger die streitigen Quantitäten Kalk an den Beklagten abgesandt habe, sondern auch, daß dieselben an den letzteren abgeliefert worden seien, über diesen letzteren, einen wesentlichen Teil des Beweisthemas bildenden Umstand nur der Beklagte, nicht aber der Kläger aus eigener Wahrnehmung schwören könne, daß demnach die in §. 417 Abs. 2 C.P.D. ausgesprochene Folge eintrete, der Eid als verweigert und daher bereits als erwiesen angesehen werden müsse, daß der Beklagte die streitigen Quantitäten Kalk erhalten habe.

Auf Revision des Beklagten ist das Urteil des Oberlandesgerichtes aufgehoben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht nimmt als für die Berufungsinstanz that-

sächlich feststehend an, daß der Beklagte den ihm vom Kläger über die in Streit befangenen Kalklieferungen aus den Jahren 1875—1878 neben anderen Beweismitteln zugeschobenen Eid dem Kläger zurückgeschoben habe. Wenngleich es nicht korrekt ist, daß in dem Thatbestande des Urtheiles des Landgerichtes vom 19. Juni 1885 die Thatfache, daß der Kläger dem Beklagten den fraglichen Eid zugeschoben und daß der letztere denselben dem Kläger zurückgeschoben habe, nicht bestimmt und positiv festgestellt, sondern daß nur gesagt ist, der Vertreter des Klägers habe auf Grund des gewonnenen Beweismaterialies seine früheren Anträge mit dem Bemerken aufrechterhalten, daß der Kläger rückfichtlich der Kalklieferungen aus den Jahren 1875—78 den ihm zurückgeschobenen Eid, soweit dessen Auschwörung überhaupt ihm zugemutet werden könne, auszuschwören bereit sei, so kann doch in der erwähnten Annahme des Berufungsgerichtes ein Verstoß gegen prozessualische Normen nicht gefunden werden, weil neben jener Bemerkung im Thatbestande, in den Entscheidungsgründen des landgerichtlichen Urtheiles hervorgehoben ist, daß in Ermangelung eines genügenden Beweises auf den von dem Kläger dem Beklagten zugeschobenen und von diesem jenem zurückgeschobenen Eid zu rekurriren sei.

Die weiteren Ausführungen des Berufungsrichters aber, daß weil nach Lage der Sache eine Zurückschiebung des dem Beklagten vom Kläger zugeschobenen Eides nach §. 413 C.P.D. unzulässig gewesen, der Eid in Gemäßheit der Vorschrift des §. 417 C.P.D. für verweigert anzunehmen und deshalb als bereits erwiesen zu erachten sei, daß der Beklagte in den Jahren 1875—1878 die streitigen Quantitäten Kalk von dem Kläger geliefert erhalten habe, beruhen auf der Verletzung des Gesetzes. Ob die von dem Revisionskläger erhobenen Angriffe der Verletzung der Vorschriften in den §§. 417 Abs. 2, 130, 259, 516, Nr. 3, 413 Abs. 2 C.P.D. begründet seien, kann unerörtert bleiben, weil die Entscheidung die Bestimmung in §. 493 C.P.D. verletzt und deshalb aufzuheben ist. Hiernach können die in erster Instanz unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen über Thatfachen, Urkunden und Eideszuschreibungen in der Berufungsinstanz nachgeholt werden. Ob die in einer Reihe von Commentaren der Civilprozeßordnung für die Annahme, daß die nach §§. 413, 414 C.P.D. unzulässige Zurückschiebung eines Eides unter die Vorschrift des §. 493, nicht unter die Vorschrift in §. 495 C.P.D. falle, die letztere Vorschrift

vielmehr nur von einer zulässigen und wirksamen Zurückziehung des Eides zu verstehen sei, geltend gemachten Gründe zutreffend seien, kann dahingestellt bleiben. Denn im vorliegenden Falle muß die Anwendbarkeit des §. 493 aus folgendem Grunde angenommen werden. Daß in §. 417 Abs. 2 a. a. O. angedrohte Präjudiz, daß der Eid als verweigert angesehen wird, tritt nur ein, wenn die Partei den Eid in einem Falle, in welchem die Zurückziehung unzulässig ist, zurückzieht, ohne denselben bedingt anzunehmen. Hat der Delat in erster Instanz den ihm vom Gegner zugeschobenen Eid in einem Falle zurückgeschoben, wo die Zurückziehung gesetzlich nicht statthaft war, jedoch über die bedingte Annahme sich nicht erklärt, so kann er diese unterbliebene Erklärung nach §. 493 a. a. O. in der Berufungsinstanz nachholen. Es entspricht diese Annahme nicht allein den Worten des §. 493, sondern auch dem Geiste der Prozeßordnung, indem die in §. 493 enthaltenen Bestimmungen bezwecken, in dem ein novum iudicium bildenden Verfahren in der Berufungsinstanz (§. 487 C. P. O.) die infolge der unterbliebenen oder unvollständigen Erklärungen in erster Instanz eingetretenen gesetzlichen Rechtsnachteile zu beseitigen. Beklagter hat nun aber in der Berufungsinstanz ausweislich des Thatbestandes ausdrücklich erklärt, daß, falls eine Erklärung auf den ihm zugeschobenen Eid vermisst werde, er denselben jetzt annehme. Diese Erklärung war zu berücksichtigen. Es war daher das angefochtene Urteil aufzuheben und anderweit über die Anträge der Parteien zu verhandeln und zu entscheiden.“ . . .