

90. 1. Kann der Revisionsbenunziat, welcher als Nebenintervenient einer Partei beigetreten ist, als Zeuge vernommen werden?
 2. Notwendigkeit der Vereidigung von Sachverständigen und sachverständigen Zeugen.
 3. Kennt die Civilprozeßordnung außer dem Falle des §. 425 bedingte Endurtheile?

V. Civilsenat. Urth. v. 14. Januar 1888 i. S. H. (Kl.) w. B. (Bekl.)
 Rep. V. 267/87.

- I. Landgericht Ols.
 II. Oberlandesgericht Breslau.

Auf die Revision des Klägers ist das zweite Urtheil aufgehoben.
 Aus den Gründen:

„Auf dem früher dem Gutsbesitzer C. gehörigen Grundstücke Ruzendorf Nr. 2 standen für den Kläger Abt. III Nr. 27 (an erster Stelle) 24 000 *M* nebst 5 Prozent Zinsen als hypothekarisches Darlehn eingetragen. Da der Schuldner die Zinsen nicht zahlte, beantragte der Kläger die Zwangsversteigerung des Pfandgrundstückes. Ferner wurde auf Antrag des Beklagten, eines nachstehenden Hypothekengläubigers, die Zwangsverwaltung des Grundstückes eingeleitet, und der Gutsbesitzer R. zum Verwalter bestellt. Dieses Verfahren ist bis zum Erlasse des Zuschlagsurtheiles fortgesetzt. Am 30. September 1885 erhielt der Kläger für das Gebot von 25 000 *M* den Zuschlag.

Bei der Kaufgelderbelegung entstand folgender Streit zwischen den Parteien. Der Beklagte behauptete, daß er behufs nützlicher und notwendiger Verwendung für das fragliche Grundstück an den Verwalter R. 2267 *M* theils bar gezahlt, theils — in Höhe von 500,02 *M* — noch

verschulde, und daß die nützliche Verwendung dieser Vorschüsse erfolgt sei. Er nahm für dieselben auf Grund des §. 24 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 das Vorrecht bei Verteilung der Kaufgelder in Anspruch. Der Kläger bestritt anfänglich das Vorrecht der ganzen Summe. Es wurde deshalb der Betrag von 2267 *M* von den Kaufgeldern hinterlegt. In dem jetzigen Prozesse hat der Kläger die nützliche Verwendung von 327,82 *M* zugestanden, im übrigen aber seinen Widerspruch aufrechterhalten. Er beantragt, den Beklagten zu verurteilen, darin zu willigen, daß behufs teilweiser Befriedigung seiner Forderung von 24 000 *M* nebst Zinsen und Kosten an ihn — Kläger — 1939,18 *M* aus den hinterlegten Geldern ausgezahlt werden. Der Beklagte hat die Abweisung des Klägers und widerklagend dessen Verurteilung zur Bewilligung der Auszahlung des hinterlegten Geldes an ihn — Beklagten — beantragt.

Um die mangelhafte Verwaltung des *R.* darzutun, hat der Kläger eine Reihe von Monitis aufgestellt und Beweis für seine Behauptungen angetreten. Vom Beklagten sind diese Monita bestritten und Anträge wegen des Gegenbeweises eingebracht.

Der Beklagte hat ferner dem Verwalter *R.* den Streit verkündet, weil er für etwaige ungerechtfertigte Ausgaben ihm haften würde. *R.* ist, ohne seine Regressverbindlichkeit anzuerkennen, dem Prozesse behufs Unterstützung des Beklagten beigetreten, und hat seinerseits in erster und zweiter Instanz den vom Beklagten gestellten Antrag wiederholt.

Seitens des ersten Richters ist beschlossen, den *R.* als Zeugen darüber zu vernehmen, ob er die vom Beklagten angegebenen Vorschüsse erhalten habe, bzw. ob Beklagter ihm noch 500,02 *M* verschulde, und ob aus diesen Vorschüssen die in der Wirtschaftsrechnung notierten Ausgaben gedeckt sind. Nach der Vernehmung des Zeugen *R.* hat der erste Richter die Klage (bis auf einen nicht mehr interessierenden Betrag von 10 *M*) abgewiesen, und nach dem Widerklagantrage erkannt, und zwar hinsichtlich der 500,02 *M*, falls Beklagter die Befriedigung des Sequesters in dieser Höhe nachweist.

In zweiter Instanz ist Beweisaufnahme über die Angemessenheit des dem *R.* bewilligten Honorars erfolgt und sodann beschlossen, den *R.* nochmals als Zeugen darüber zu vernehmen, welche Vorschüsse er vom Beklagten erhalten habe, wie sie verwendet, und „ob dieselben für das Grundstück Nr. 2 Kunzendorf nützlich gewesen seien?“

Die Zeugenvernehmung des K. hat, und zwar ebenso wie in erster Instanz, uneidlich stattgefunden. Der Antrag des Beklagten auf Vertheidigung ist mit Rücksicht auf das erhebliche Sachinteresse des Zeugen abgelehnt.

Bei dieser Sachlage hat der zweite Richter die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Er geht in Übereinstimmung mit dem Urtheile v. B. w. L. Rep. V. 370/86,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 17 S. 273, davon aus, daß die Erstattung der in einer Zwangsverwaltung gemachten und durch die Einkünfte nicht gedeckten Auslagen aus den Kaufgeldern des Pfandgrundstückes nur dann beansprucht werden kann, wenn die Verwendung als eine an sich notwendige oder nützliche dem Interesse der Hypothekengläubiger gedient hat; daß ferner diesem Erfordernisse nicht schon durch die Hingabe von Vorschüssen, sondern nur durch den dem Liquidanten obliegenden Beweis der nützlichen Verwendung genügt wird. Diesen Beweis erachtet er durch das Zeugniß des K. für erbracht. Er führt aus, daß die Vernehmung zwar gemäß §. 358 Nr. 4 C.P.D. uneidlich erfolgt sei, stellt jedoch fest, daß der Zeuge für völlig glaubhaft zu erachten sei, und daß er den Beweisfact bekundet habe. Anlangend die vom ersten Richter dem Beklagten nur bedingt zugesprochenen 500,02 M, so führt der Berufungsrichter aus, daß der Kläger sich durch diese Entscheidung nicht beschwert fühlen könne.

Der Ausführung des Klägers, daß diese Entscheidung gegen Prozeßgrundsätze verstößt, muß beige stimmt werden, wenn auch die von ihm vorgetragene erste Beschwerde, daß K. ein unzulässiger Zeuge sei, unbegründet ist.

Die Civilprozeßordnung enthält keine Vorschriften darüber, welche Personen überhaupt nicht (also auch nicht uneidlich) als Zeugen vernommen werden dürfen. Das Reichsgericht hat jedoch bereits mehrfach aus dem Begriffe eines Zeugen gefolgert, daß das Gesetz mit diesem Ausdrucke nur dritte Personen, nicht auch die Prozeßparteien gemeint haben könne, und daß insbesondere Personen, an welche die Zuschreibung eines Parteieides gestattet ist, nicht als Zeugen vernommen und als solche beeidigt werden dürfen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 2 S. 400; Gruchot, Beiträge Bd. 29 S. 1080.

Zu den Personen, welchen ein Parteieid zugesprochen werden kann, gehören nach ausdrücklicher Bestimmung des §. 414 C.P.D. Nebenintervenienten nur dann, wenn sie gemäß §. 66 zu den Streitgenossen zu rechnen sind. Hier ist R. nach der Streitverkündung des Beklagten dem Prozesse beigetreten. Er nimmt mithin nach §§. 71. 63 flg. a. a. D. die Stellung eines Nebenintervenienten ein. Daß der im §. 414 a. a. D. gedachte Ausnahmefall nicht vorliegt, bedarf keiner Erörterung. Der zweite Grund, welchen das Reichsgericht für die Zeugnisunfähigkeit einer Person anführt, trifft also hier nicht zu, und es fragt sich also nur, ob der Nebenintervenient zu den Prozeßparteien gehört, und aus diesem Grunde nicht Zeuge sein darf? Auch das ist zu verneinen. §. 63 Absf. 1 C.P.D. bestimmt:

Wer ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreite die eine Partei obsiege, kann dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten.

Dies Gesetz läßt sich nur in dem Sinne verstehen, daß der Beitretende nicht selbst Partei, sondern Gehilfe einer Prozeßpartei wird. Er verfolgt nicht sein Recht, sondern unterstützt die Prozeßpartei bei der Verfolgung ihres Rechtes. Der Wille der letzteren bleibt für den Prozeß maßgebend, und der Nebenintervenient kann mit demselben durch seine Prozeßhandlungen nicht in Widerspruch treten (§. 64 C.P.D.). Er darf insbesondere den Streitgegenstand nicht ändern, nicht Anerkenntnisse oder Verzichte in betreff desselben abgeben und nicht, wie schon bemerkt, einen Parteieneid schwören. Geht man aber davon aus, daß der Nebenintervenient nur als ein Dritter zur Unterstützung der Prozeßpartei, wenn auch aus eigenem Interesse, in den Rechtsstreit eintritt, so steht begrifflich seiner Zulassung als Zeuge nichts entgegen. Das Reichsgericht hat sich dieser, auch in der Doktrin überwiegend gebilligten Ansicht angeschlossen.

Vgl. v. Wilimowski u. Levy, Kommentar zur C.P.D. (3. Aufl.) §. 358 Note 2 u. §. 66 Note 2; Meinde, S. 366 zu §§. 338. 339; Seuffert (3. Aufl.) S. 413 Vorbemerkungen zu §. 338; Struckmann u. Koch (5. Aufl.) §. 358 Note 5. Über die Stellung der Nebenintervenienten: Wach, Handbuch Bd. 1 S. 613 flg.; A. M. v. Bülow, Kommentar §. 358 Note 4; Francke, Nebenparteien S. 109.

Hieraus folgt, daß der Berufsrichter nicht behindert war, den R. als Zeugen zu vernehmen, und zwar wegen seines Interesses zur Sache nach §. 358 Nr. 4 C.P.D. uneidlich. Die Würdigung seiner Aussage unterliegt nach §. 259 C.P.D. dem Ermessen des über die Thatfrage entscheidenden Richters. Die hier getroffene Entscheidung, daß die unbeeidigte Zeugenaussage des R. vollen Glauben verdiene, kann mit der Revision nicht angefochten werden.

Dagegen ist die zweite Beschwerde des Klägers, daß der Berufsrichter die Feststellung der stattgehabten nützlichen Verwendung der Vorschüsse nicht auf gesetzlicher Grundlage getroffen habe, für begründet zu erachten.

Der Berufsrichter hat, wie oben näher mitgeteilt ist, auf Grund des R.'schen Zeugnisses für bewiesen erachtet, daß die Verwendung der Vorschüsse für das Grundstück Kunzendorf Nr. 2 eine nützliche gewesen sei.

Mit Recht macht der Kläger dagegen geltend, daß es sich nicht um die Wahrnehmung thatsächlicher Zustände, sondern um die Abgabe eines Urtheiles auf Grund wahrgenommener Zustände handelt, und daß mithin die Feststellung nur auf Grund eines sachverständigen, und zwar, sofern die Parteien nicht darauf verzichteten, eines beeidigten Gutachtens getroffen werden durfte. Denn die Vorschrift des §. 358 C.P.D. über die uneidliche Vernehmung von Zeugen findet, wie das Reichsgericht bereits früher erkannt hat, auf die Erhebung des Sachverständigenbeweises keine Anwendung.

Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 39 Nr. 256.

Da hier ein Verzicht auf die Beeidigung nicht vorliegt, der Kläger vielmehr gegen die vom Berufsrichter beschlossene Zeugenvernehmung ausdrücklich Widerspruch erhoben hat, so gewährt dieses uneidliche Zeugnis in keiner Weise eine genügende Grundlage, um die nützliche Verwendung der Vorschüsse zu beweisen.

Der Versuch des Beklagten, den R. als sachverständigen Zeugen zu bezeichnen, geht ebenfalls fehl. Es handelt sich nicht um den Beweis vergangener Thatfachen oder Zustände (§. 379 C.P.D.), sondern um technische Schlüsse auf Grund vergangener Thatfachen oder Zustände, und diese können nur durch das Gutachten von Sachverständigen festgestellt werden.

Vgl. Reincke, Kommentar zur C.P.D. §. 379.

Wäre aber R. auch als sachverständiger Zeuge anzusehen, so würde der Berufungsrichter dennoch gegen Prozeßgrundsätze verstoßen haben, weil sachverständige Zeugen sowohl mit dem Zeugen- als mit dem Sachverständigeneide zu belegen sind.

Vgl. Gruchot, Beiträge Bd. 30 S. 1135.

Das angefochtene Urteil unterliegt deshalb der Aufhebung.

Der Berufungsrichter verstößt jedoch noch weiter gegen Prozeßvorschriften, indem er die Berufung des Klägers gegen denjenigen Teil des ersten Urteiles zurückweist, durch welchen der Anspruch des Beklagten in Höhe von 500,02 *M* für begründet erachtet wird, falls Beklagter die Befriedigung des Sequesters R. zu diesem Betrage nachweist. Nach §. 472 C.P.D. findet die Berufung nur gegen die in erster Instanz erlassenen Endurteile statt. Endurteile sind nach §. 272 flg. C.P.D. diejenigen Urteile, durch welche ein Rechtsstreit in der betreffenden Instanz ganz oder teilweise entschieden wird. Hängt die Entscheidung von der Leistung eines Eides ab, so läßt §. 425 a. a. D. ein bedingtes Endurteil zu. Andere bedingte Endurteile kennt das Gesetz nicht. Erfordert die zu treffende Definitiventscheidung die Aufnahme eines Beweises — abgesehen vom Eidesbeweise —, so muß der Richter den Beweis vor Erlaß des Urteiles erheben, und darf nicht seine Entscheidung davon abhängig machen, ob der Beweis nach Erlaß des Urteiles geführt, oder nicht geführt wird. Dem hat der erste Richter hier zuwidergehandelt, denn derjenige Teil seiner Urteilsformel, welcher sich auf den Anspruch des Beklagten wegen 500,02 *M* bezieht, enthält keine den Antrag erledigende Entscheidung, sondern spricht die Notwendigkeit einer weiteren Beweisaufnahme aus, ist also in Wirklichkeit nur ein Beweisbeschluß. In einem analogen Falle haben die vereinigten Civilsenate des Reichsgerichtes angenommen,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civild. Bd. 421. 434,

daß ein derartiges, wenn auch inkorrektes Endurteil, weil es die Instanz abschließt, durch die geordneten Rechtsmittel angefochten werden kann, und daß der höhere Richter die Aufhebung des Scheinurteiles auszusprechen hat. Bei Anwendung dieses Prozeßgrundsatzes durfte in vorliegender Sache der Berufungsrichter über den fraglichen Teil der ersten Urteiles nicht materiell erkennen, sondern war nach §. 501 a. a. D. berechtigt und verpflichtet, daß an einem wesentlichen Mangel leidende erste Urteil, soweit es den Anspruch auf 500,02 *M* betrifft, aufzuheben,

und den Erlaß eines Endurtheiles durch den ersten Richter anzuordnen. Die im Widerspruche hiermit getroffene Entscheidung, daß die Berufung des Klägers ganz zurückgewiesen wird, und daß die bedingte Verurteilung den Kläger nicht beschwere, beruht auf Rechtsirrtum.“