

101. Finden die Bestimmungen in den §§. 267. 492 C.P.D. über den Verlust des Rügerechts der Verletzung einer das Verfahren betreffenden Vorschrift Anwendung, wenn die Leistung eines zugesprochenen Eides durch Beweisbeschluß in einem Falle angeordnet ist, wo nach den §§. 425. 426 C.P.D. auf Leistung des Eides durch bedingtes Endurteil hätte erkannt werden müssen?

III. Civilsenat. Ur. v. 30. November 1880 i. S. L. (Bekl.) m. W.
(Rl.) Rep. III. 642/80.

I. Landgericht Stade.

II. Oberlandesgericht Celle.

Der Fabrikant W. zu Stade hatte gegen den Bauunternehmer C. für denselben auf Bestellung zum Bau einer Strecke der unterelbischen Eisenbahn gelieferte Gegenstände eine Forderung von 2178 Mark. Nachdem der Beklagte, Bauunternehmer L., im Oktober 1879 auf Grund einer mit dem C. und der unterelbischen Eisenbahn-Gesellschaft abgeschlossenen Vereinbarung in das zwischen der letzteren und C. bezüglich des Baues dieser Strecke der unterelbischen Eisenbahn bestehende Kontratsverhältnis eingetreten war und sich verpflichtet hatte, alle in Bezug auf den Bau der fraglichen Eisenbahnstrecke und auf das zur Herstellung derselben erforderliche Material von C. eingegangenen Verbindlichkeiten zu erledigen, sandte Kläger dem L., wie er behauptet, die der Klage in Abschrift anliegende Rechnung ein, mit der Aufforderung dieselbe zu bezahlen. Beklagter hat sich acht Tage Bedenkzeit aus und antwortete am 1. November 1879 auf eine Anfrage des Klägers, wann er die C.'sche Rechnung bezahle, telegraphisch: „Rechnung C.

zahle mit 70 %". Kläger forderte nun diese 70 % mit 1524 M. 72 Pf. Beklagter verweigerte die Zahlung, weil die von dem Kläger dem C. gelieferten Gegenstände mangelhaft gewesen und die garantierte Beschaffenheit nicht gehabt haben und entgegnete auf den Einwand des Klägers, daß er solche Ausstellungen zu machen nicht berechtigt sei, weil er sich ohne Vorbehalt verpflichtet habe, die ihm mitgeteilte C.'sche Rechnung mit 70 % zu bezahlen, daß er vor Absendung seines Telegramms eine mit der Anlage der Klageanträge gleichlautende Rechnung vom Kläger nicht erhalten habe.

Das Landgericht zu Stade verfügte durch Beweisbeschluß, daß über die vom Kläger behauptete relevante Thatsache, „daß er dem Beklagten im Oktober 1879 eine der Anlage 1 der Klagschrift entsprechende Rechnung mit der Aufforderung, ihm den Betrag derselben zu bezahlen, übergeben habe“, Beweis zu erheben sei, normierte den hierüber dem Beklagten zugeschobenen, von diesem angenommenen Eid und setzte Termin zur Eidesleistung auf den 18. März an. In diesem Termine war Beklagter vertreten und verweigerte die Leistung des Eides, worauf das Gericht den Beklagten nach dem Klageantrage verurteilte. Beklagter erhob Berufung. Er beschwerte sich, daß die Leistung des fraglichen Eides durch Beweisbeschluß angeordnet sei, daß er verurteilt und nicht vielmehr auf die Beweiserhebung über seine Einreden eingegangen sei, verlangte, daß der Eid noch jetzt zum Erkenntnis gestellt werde und erklärte sich bereit, denselben zu leisten.

Das Oberlandesgericht verwarf jedoch die Berufung. Es nahm dabei an, daß zwar nach §§. 425. 426 C.P.D. die Leistung des Eides nicht durch Beweisbeschluß hätte angeordnet werden dürfen, sondern auf dieselbe durch bedingtes Endurteil hätte erkannt werden müssen, daß aber Beklagter, weil er die hierin liegende Verletzung einer Prozeßvorschrift im Termine am 18. März nicht gerügt habe, nach §§. 267 und 492 C.P.D. das Rügerecht in Bezug darauf auch für die zweite Instanz verloren habe.

Die hiergegen vom Beklagten erhobene Revision ist aus folgenden Gründen

zurückgewiesen:

„Da nach §. 473 C.P.D. der Beurteilung des Berufungsgerichts auch diejenigen „Entscheidungen“ (worunter nach der Terminologie der Zivilprozeßordnung Urteile, Beschlüsse und Verfügungen zu verstehen

sind) unterliegen, welche dem Endurteile vorausgegangen sind, sofern nicht dieselben unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind, so hatte der Berufungsrichter in Anlaß der von dem Beklagten gegen das Endurteil des Landgerichts zu Stade vom 1. April 1880 erhobenen Berufung auch die Zulässigkeit und Relevanz des Beweisbeschlusses vom 23. Februar 1880 einer Prüfung zu unterziehen. Wenn er dabei zu der Ansicht gelangte, daß der erste Richter nach den Bestimmungen in §. 425 C.P.D. die Leistung des dem Beklagten zugeschobenen und von ihm angenommenen Eides nicht durch Beweisbeschluß hätte anordnen dürfen, sondern auf denselben durch bedingtes Endurteil hätte erkennen müssen, weil einer der Ausnahmefälle (§§. 426 und 558 C.P.D.) nicht vorliege, so war eine Berücksichtigung dieses prozessualischen Verstoßes bei der Entscheidung ausgeschlossen, sofern die weitere Annahme des Berufungsrichters begründet ist, daß der Beklagte die hierin liegende Verletzung einer Prozeßvorschrift bei der nächsten mündlichen Verhandlung am 18. März 1880 in Gemäßheit der Bestimmung in §. 267 C.P.D. hätte rügen müssen und durch Unterlassung dieser Rüge nach §. 492 C.P.D. auch für die zweite Instanz das Rügerecht verloren habe. Denn der vorliegende Mangel des Verfahrens war dann als geheilt anzusehen und es konnte weder der Beklagte denselben in zweiter Instanz geltend machen, noch das Berufungsgericht ihn berücksichtigen, da §. 492 gerade die Bedeutung hat, gegen die Folgerung zu schützen, als könne die Partei eine in der ersten Instanz vorgekommene Verletzung einer das Verfahren betreffenden Vorschrift auf Grund des in §. 487 anerkannten Charakters der Berufung als eines *novum iudicium* rügen, nachdem sie das Rügerecht in erster Instanz nach §. 267 verloren habe.

Die gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts und die Anwendbarkeit der §§. 267 und 492 von dem Revisionskläger erhobenen Einwendungen erscheinen nicht begründet. Da thatsächlich feststeht, daß der Beklagte in dem zur Leistung des in dem Beweisbeschlusse vom 23. Februar 1880 über die in demselben zum Beweise gestellte Thatfache normierten Schiedseides auf den 18. März 1880 anberaumten Termine erschienen und bei dieser nächsten auf Grund des mangelhaften Verfahrens stattgehabten mündlichen Verhandlung den Mangel nicht gerügt, sondern den in dem ergangenen Beweisbeschlusse für ihn normierten Eid verweigert hat, somit die übrigen Voraussetzungen des

§. 267 a. a. D. gegeben sind, so handelt es sich nur darum, ob auch Beweisbeschlüsse und insbesondere Beweisbeschlüsse, durch welche die Leistung eines Eides angeordnet wird, zu denjenigen Prozeßhandlungen gehören, deren Mängel nach §. 267 von den Parteien gerügt werden müssen. Bei der allgemeinen Fassung des §. 267 „die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift“ fragt es sich, wie das Gebiet der Anwendbarkeit dieser Vorschrift zu begrenzen sei. Die Motive enthalten keine bestimmten Anhaltspunkte, es wird vielmehr gesagt, es müsse der Wissenschaft überlassen bleiben, festzustellen, welche Vorschriften unter §. 267 fallen.

Zieht man den Zweck dieser im Anschluß an die Vorschriften vieler neuerer Gesetzgebungen aufgenommenen Bestimmungen, die Zahl der formellen Beschwerden zu verringern und einen geregelten Gang des Verfahrens zu sichern, sowie die Entstehungsgeschichte des §. 267 in Betracht, so kann es einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, daß nicht nur Partei-Prozeßhandlungen, das heißt solche Handlungen, welche von nicht richterlichen Beamten auf Betreiben einer Partei zur Führung des Prozesses vorgenommen werden, sondern auch gerichtliche Prozeßhandlungen, also solche Handlungen, welche vom Gerichte im Laufe des Verfahrens vorgenommen werden, ohne eigentliche Akte der Rechtsprechung zu sein, unter das Gesetz fallen, die letzteren jedoch nur, soweit nicht der Inhalt richterlicher Verfügungen in Frage kommt. Es gehören hierhin namentlich diejenigen richterlichen Verfügungen, welche keine sachliche Entscheidung enthalten, sondern den Zweck haben, den Fortgang des Prozeßverfahrens zu betreiben und die definitive Entscheidung vorzubereiten, welche also nur eine prozeßleitende Bedeutung haben. Geht man hiervon aus, so findet §. 267 auch auf Beweisbeschlüsse Anwendung. Denn diese haben nur die Bedeutung einer die Beweiserhebung anordnenden prozeßleitenden Verfügung, welche in keiner Weise für den erkennenden Richter bindend und maßgebend ist. Handelt es sich um Aufsehung ihres Inhaltes, so kann allerdings §. 267 keine Anwendung finden, sind dagegen bei ihrem Erlasse sonstige Vorschriften des Verfahrens verletzt, so muß dieses bei Vermeidung der im §. 267 angedrohten Nachteile von der Partei rechtzeitig gerügt werden. Der gleichen Beurteilung unterliegt auch der Fall, wenn, wie vorliegend, durch Beweisbeschluß die Leistung

eines Eides angeordnet wird, soweit es sich nicht um die Anfechtung des Inhaltes des Beschlusses handelt. Denn auch dieser Beschluß ist kein Akt der Rechtsprechung, sondern hat nur die Natur einer prozeßleitenden, die Entscheidung vorbereitenden, für den Richter nicht bindenden Verfügung. Wird der durch Beweisbeschluß auferlegte Eid geleistet oder verweigert, so treten zwar die in §§. 428. 429 C.P.D. festgesetzten Folgen ein, es wird voller Beweis der beschworenen Thatsache begründet, beziehungsweise es gilt das Gegenteil der zu beschwörenden Thatsache als voll bewiesen. Allein der erkennende Richter hat die Frage, ob und welche Bedeutung diesen somit festgestellten Thatsachen für die Entscheidung beizulegen sei, vollkommen frei und unabhängig zu prüfen und auf Grund der nach Erledigung der Beweisaufnahme stattfindenden Verhandlung zu erkennen. In der hier in Betracht kommenden Beziehung begründet es principiell keinen Unterschied, ob die durch den Beweisbeschluß angeordnete Beweisaufnahme andere Beweismittel oder den Eid betrifft. Auch das von dem Revisionskläger aus der Vorschrift in §. 325 C.P.D. gegen die Anwendbarkeit des §. 267 auf den Beweisbeschluß erhobene Bedenken ist nicht begründet. Die Bestimmung, daß vor Erledigung des Beweisbeschlusses von keiner Partei eine Änderung desselben auf Grund der bisherigen Verhandlungen beantragt werden kann, bezweckt vor Störung und Verzögerung des Verfahrens zu schützen und zu verhüten, daß die Parteien auf Grund der bisherigen Verhandlungen Einwendungen gegen den Inhalt des Beweisbeschlusses erheben, indem sie geltend machen, daß überhaupt kein Beweis nach Lage der Sache zu erheben sei, oder daß andere Thatsachen zum Gegenstande der Beweiserhebung zu machen oder daß andere Beweismittel zuzulassen seien. Dagegen steht diese Bestimmung nicht entgegen, die Verletzung von Vorschriften des Verfahrens bei Erlaß des Beweisbeschlusses und insbesondere zu rügen, daß die Leistung eines über die für relevant erachteten Thatsachen zugeschobenen und angenommenen Eides nicht durch Beweisbeschluß hätte angeordnet werden dürfen, sondern auf dieselbe durch bedingtes Endurteil hätte erkannt werden müssen, weil eine der in der Civilprozeßordnung, insbesondere in §. 426 hervorgehobenen Ausnahmen von der in §. 425 aufgestellten Regel nicht vorliege.

Der Beklagte hätte also, wenn er die in §. 267 angedrohten Nachteile vermeiden wollte, in dem auf Grund des Beweisbeschlusses

vom 23. Februar 1880 stattgehabten nächsten Verhandlungstermine nicht die Leistung des ihm auferlegten Eides verweigern dürfen, sondern die Unzulässigkeit der Form der Anordnung der Eidesleistung rügen und den Erlaß eines bedingten Endurtheiles beantragen müssen.

Indem der Berufungsrichter demgemäß davon ausgeht, daß auch für die zweite Instanz das Gegenteil der in dem vom Beklagten verweigerten Eide enthaltenen Thatsache feststehe, nämlich daß der Beklagte im Oktober 1879 eine der Anlage 1 der Klagschrift entsprechende Rechnung mit der Aufforderung, ihm den Betrag derselben zu bezahlen, vom Kläger erhalten habe, gründet er seine Entscheidung nicht auf einen unter Verletzung des Gesetzes festgestellten Thatbestand und verstoßt insbesondere nicht gegen die Bestimmungen in §. 495 C.P.D. Zunächst ist es irrig, wenn der Revisionskläger ausführt, die Vorschrift in Absatz 2 des §. 495, daß die in erster Instanz erfolgte Leistung beziehungsweise Verweigerung der Leistung des Eides ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz behält, wenn die Entscheidung, durch welche die Leistung des Eides angeordnet ist, von dem Berufungsgerichte für gerechtfertigt erachtet wird, beziehe sich nicht auf den Fall, wo die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet sei. Denn die Annahme, daß unter „Entscheidungen“ nur End-, Teil- oder Zwischenurteile zu verstehen seien, steht nicht im Einklang mit der Terminologie der Zivilprozessordnung, und es ist für die Wirksamkeit der Leistung oder Verweigerung des Eides gleich, ob die Leistung desselben durch Beweisbeschluß oder Urteil angeordnet ist. Da die gegen die Zulässigkeit der Anordnung der Eidesleistung durch Beweisbeschluß vorliegenden Bedenken infolge der unterlassenen Rüge von Seiten des Beklagten beseitigt waren und da §. 495 Abs. 2 nur auf die unmittelbaren Folgen der Leistung beziehungsweise Verweigerung des Eides sich bezieht, so hatte der Berufungsrichter die oben erwähnte Thatsache als feststehend anzunehmen, dagegen die Frage, ob das Gericht erster Instanz aus dieser Thatsache die richtigen Schlüsse für die Entscheidung gezogen habe, sowie über die Relevanz der zum Beweise gestellten Thatsachen seiner erneuten Prüfung zu unterziehen. Wenngleich nun das Berufungsgericht nicht ausdrücklich über diese Frage sich in den Entscheidungsgründen ausgesprochen hat, so ergibt sich doch aus den letzteren, daß es und zwar mit Recht die zum Beweise verstellte Thatsache mit dem Richter erster Instanz für relevant angesehen hat. Es

liegt daher weder in dieser Beziehung, noch bezüglich der Frage, weshalb die vom Beklagten in zweiter Instanz abgegebene Erklärung, den ihm zugeschobenen und in erster Instanz verweigerten Eid jetzt leisten zu wollen, nicht berücksichtigt werden könne, ein unter §. 513 Ziff. 7 C.P.D. fallender Mangel an Entscheidungsgründen vor. Denn wenn die Verweigerung des Eides in erster Instanz nach der Lage der Sache auch für die Berufungsinstanz ihre Wirksamkeit behielt, so folgt daraus von selbst, daß der Beklagte diese Folgen nicht dadurch abwenden konnte, daß er nachträglich in der Berufungsinstanz zur Leistung des Eides sich erbot.

Sind hiernach die prozessualischen Angriffe nicht zutreffend, so gilt daselbe von den gegen die sachliche Beurteilung erhobenen.“ . . .