

105. Ist die Bestimmung des §. 332 Abs. 1 C.P.D., wonach bei dem Ausbleiben einer oder beider Parteien im Termine zur Beweis- aufnahme gleichwohl die Beweisaufnahme insoweit zu bewirken ist, als dies nach Lage der Sache geschehen kann, auf den Fall zu beschränken, daß die Benachrichtigung der ausgebliebenen Partei oder Parteien von dem Termine erfolgt ist?

V. Civilsenat. Urtheil v. 8. Februar 1882 i. S. G. (Kl.) w. R. (Bekl.)
Rep. V. 802/81.

- I. Landgericht Essen.
- II. Oberlandesgericht Hamm.

Aus den Gründen:

„Über das Klagefundament ist von einem beauftragten Richter in einem von diesem angeetzten Termine durch Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen Beweis aufgenommen; der Anwalt des Klägers ist in dem Termine nicht erschienen und eine Zustellungsurkunde über seine Benachrichtigung von dem Termine ist nicht zu beschaffen gewesen. Dem im nächsten Verhandlungstermine gestellten Antrage des Klägers auf Wiederholung der Beweisaufnahme ist nicht stattgegeben, vielmehr erachtet das Berufungsgericht auf Grund der gedachten Beweisaufnahme das Klagefundament für nicht erwiesen und für widerlegt.

Hiergegen erhebt der Revisionskläger den Angriff wegen Verletzung der §§. 322. 326. 294 C.P.D. dahin, daß ohne seine Ladung zum Beweisstermine das Klagefundament nicht für widerlegt hätte erachtet werden dürfen.

Der Angriff ist begründet.

Nach §§. 326. 335. 294 a. a. D. hatte die Bekanntmachung von dem Beweisstermine an den Revisionskläger von Amts wegen und zwar durch Zustellung zu erfolgen. Der Ausführung des Revisionsbeklagten, daß Revisionskläger nachzuweisen habe, ihm sei die Bekanntmachung

nicht zugegangen, ist nicht beizutreten, vielmehr mußte die Zustellung nachgewiesen werden; im Mangel dieses Nachweises ist anzunehmen, daß die Bekanntmachung nicht erfolgt ist.

Es fragt sich, ob eine Beweisaufnahme erfolgen darf, wenn eine Partei nicht dem Befehle entsprechend von dem Beweisstermine benachrichtigt worden ist? Ausdrücklich spricht sich die C.P.O. hierüber nicht aus. Nach §. 332 Abs. 1 a. a. O. ist, wenn eine Partei oder beide in dem Beweisstermine nicht erscheinen, die Beweisaufnahme gleichwohl insoweit zu bewirken, als dies nach Lage der Sache geschehen kann. Eine gleiche Bestimmung fand sich bereits im §. 407 des preuß. Entwurfes. Dort war hinzugefügt, daß im Falle des §. 405, d. h. wenn der Beweisstermin nicht mit dem Beweisbeschlusse vom Richter publiziert ist, vielmehr die betreibungspflichtige Partei den Gegner zum Beweisstermine zu laden hat, die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen nur zulässig ist, sofern die Ladung des nicht erschienenen Gegners nachgewiesen wird.

Die Fortlassung dieser Bestimmung in der Civilprozeßordnung kann sehr wohl darauf beruhen, daß die Ladung zur Beweisaufnahme nach der C.P.O. überhaupt nicht mehr durch die Parteien erfolgt, für den Fall solcher Ladung also nichts mehr zu bestimmen blieb; sie könnte aber auch ihren Grund darin haben, daß man die Zulässigkeit der Beweisaufnahme nicht von der Ladung der Parteien abhängig machen wollte.

Aus der Bestimmung des preußischen Entwurfes ist danach für Entscheidung der vorliegenden Frage nichts zu entnehmen.

An zwei Stellen der C.P.O. ist für besondere Fälle Bestimmung über die Benutzbarkeit von Beweisverhandlungen getroffen, falls eine Partei von dem Beweisstermine nicht Kenntnis erhalten hat, bezw. dazu nicht geladen ist. Nach §. 329 a. a. O. hat der Beweisführer, wenn ihm die Erledigung eines Beweisbeschlusses im Auslande überlassen ist, den Gegner, wenn möglich, von dem Orte und der Zeit der Beweisaufnahme zeitig in Kenntnis zu setzen. Ist diese Benachrichtigung unterblieben, so hat das Gericht zu ermessen, ob und wieweit der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlung berechtigt ist. Nach §. 454 a. a. O. ist im Falle der Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises, wenn der Gegner im Termine nicht erschienen und nicht rechtzeitig geladen ist, der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlungen berech-

tigt, wenn er glaubhaft macht, daß ohne sein Verschulden die Ladung unterblieben oder nicht rechtzeitig erfolgt ist. In diesen beiden Fällen ist die Benutzbarkeit der Beweisverhandlungen nicht unbedingt von der Bekanntmachung des Beweisstermines an die Parteien abhängig gemacht.

Es scheint jedoch nicht zulässig, aus diesen Fällen zu schließen, daß das Gesetz die Bekanntmachung des Termines an die Parteien überhaupt nicht als Bedingung einer benutzbaren Beweisaufnahme angesehen hätte. Die Fälle der §§. 329. 454 a. a. O. sind vielmehr so außergewöhnliche, daß aus ihnen ein allgemeines Prinzip nicht zu entnehmen ist.

Aber selbst für diese außerordentlichen Fälle ist in jenen Paragraphen die Benutzung der Beweisverhandlungen ohne Bekanntmachung des Termines bezw. ohne Ladung nicht allgemein gestattet, sondern nur nach dem Ermessen des Richters durch §. 329 a. a. O. und nur bei dem Nachweise, daß die Ladung ohne Verschulden des Ladenden nicht oder nicht rechtzeitig erfolgt ist (§. 454 a. a. O.). Die Ausnahmebestimmungen beider Paragraphen lassen darauf schließen, daß in anderen gewöhnlichen Fällen die Beweisaufnahme ohne Benachrichtigung der ausgebliebenen Partei von dem Beweisstermine vom Gesetzgeber als nicht zulässig angesehen ist. Dafür spricht aber vor allem, daß die Rechte der Parteien, der Beweisaufnahme beizuwohnen (§. 322 a. a. O.) und den Zeugen und Sachverständigen Fragen vorlegen zu lassen (§. 362 a. a. O.), nicht dadurch verloren gehen können, daß die gesetzlich vorgeschriebene Bekanntmachung des Beweisstermines an die Parteien unterblieben ist, daß dieser Verlust vielmehr nur an eine Versäumnis der betreffenden Partei geknüpft sein kann.

Der §. 332 Abs. 1 a. a. O. ist daher nur als für den Fall, daß die ausgebliebene Partei vom Beweisstermine benachrichtigt ist, gegeben anzusehen, und ist darin zugleich die Anordnung einer Art Versäumnisverfahren zu finden, wofür auch noch spricht, daß im Abs. 2 eine Art Restitution gegen das Versäumen des Beweisstermines gegeben ist.

Den §. 332 Abs. 1 a. a. O. in dem dargelegten Sinne hat das Berufungsgericht verlegt und unter Verletzung dieses Gesetzes eine tatsächliche Festsetzung getroffen, auf welcher die Entscheidung beruht. Nach §§. 511. 524. 528 a. a. O. ist deshalb das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die Berufungsinstanz zurückzuweisen."