

82. Ist die entgegen der Vorschrift des § 453 Abs. 2 ZPO. erfolgte Anferlegung und Abnahme eines zugeschobenen Eides gemäß § 295 ZPO. heilbar?

VI. Zivilsenat. Ur. v. 27. Mai 1911 i. S. W. (Kl.) w. W.
Erben (Bell.). Rep. VI 234/10.

I. Landgericht Dessau.

II. Oberlandesgericht Naumburg a. S.

Die Frage ist bejaht worden aus folgenden

Gründen:

„Der vom Beklagten erhobene Einwand, seine Bürgschaft sei durch den Erlaß der Hauptverbindlichkeit von Seiten des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner erloschen, ist in erster Instanz dadurch widerlegt worden, daß die Kläger den ihnen über den Erlaß der Schuld durch ihren Vater zugeschobenen Eid in Überzeugungsform geleistet haben. Der Beklagte hat in der Berufungsinstanz die Anordnung der Leistung dieses Eides beanstandet, weil er in erster Linie

den Hauptschuldner A. B. als Zeugen über den Erlaß der Hauptverbindlichkeit benannt gehabt habe, das Landgericht daher zunächst den Zeugenbeweis hätte erheben müssen. Er hat auch in zweiter Instanz den Einwand des Erlasses der Hauptverbindlichkeit aufrecht erhalten und in dieser Richtung noch angeführt, daß der Erblasser der Kläger dem A. B., als dieser ihn um Hergabe weiterer Mittel für sein Geschäft anging, erklärt habe, er habe ihn bisher mit erheblichen Beträgen . . . unterstützt; diese seien verloren; damit finde er sich ab und verzichte auf Rückerstattung; weitere Mittel könne er . . . nicht geben. Hierüber benannte der Beklagte den A. B. und den A. C. als Zeugen; auch schob er den Klägern den Eid darüber zu. Das Berufungsgericht hat den Zeugen A. C. vernommen, der aber den Erlaß nicht mit Bestimmtheit zu bekunden vermochte. Dagegen hat es die Vernehmung des A. B. als Zeugen abgelehnt, weil demselben bei seinem Interesse zur Sache keine Glaubwürdigkeit beizumessen sein würde. Die Eideszuschreibung endlich erachtete der Berufsungsrichter für unzulässig, weil sich aus der Korrespondenz der Parteien nach Erlassung des Urteils erster Instanz ergebe, daß der Beklagte die Klageforderung anerkannt habe, und damit auch erwiesen sei, daß die Hauptverbindlichkeit nicht erlassen sei. Die Revision rügt die Ablehnung dieser Beweisanträge. . . .

Das Berufungsgericht äußert sich in den Gründen des angefochtenen Urteils nicht ausdrücklich darüber, inwieweit es sich in der Frage des Erlasses der Hauptverbindlichkeit durch die Leistung des hierauf bezüglichen Eides von seiten der Kläger in erster Instanz für gebunden erachte. Nach § 533 BPO. behält die in erster Instanz erfolgte Leistung eines Eides ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz, wenn die Entscheidung, durch welche die Leistung des Eides angeordnet ist, vom Berufungsgericht für gerechtfertigt erachtet wird. Nach dem Tatbestande des Urteils erster Instanz hatte der Beklagte für die Behauptung, daß die Hauptverbindlichkeit von dem Erblasser der Kläger dem Hauptschuldner erlassen sei, Beweis angetreten durch Benennung des A. B. als Zeugen, durch Bezugnahme auf die klägerischen Geschäftsbücher und durch Eideszuschreibung. Das Landgericht ist weder auf den angebotenen Zeugenbeweis noch auf den Urkundenbeweis eingegangen, sondern hat sogleich die Abnahme des zugesprochenen und von den Klägern angenommenen Eides

beschlossen. Dieses Verfahren enthielt einen Verstoß gegen die Prozeßordnung. Denn § 453 Abs. 2 ZPO. schreibt vor, wenn andere Beweismittel geltend gemacht würden, so gelte der Eid nur für den Fall als zugeschoben, daß die Antretung des Beweises durch die anderen Beweismittel erfolglos bleibe. Irgend welche Gründe dafür, weshalb das Landgericht die anderen Beweismittel für unbeachtlich gehalten hat, sind in dem Urteil des Landgerichts nicht angegeben. Der Beschluß, der die Leistung des zugeschobenen Eides anordnete, war daher nicht gerechtfertigt, und die Leistung des Eides wäre für die Berufungsinstanz an und für sich nach § 533 Abs. 2 ZPO. nicht wirksam gewesen.

Es greift jedoch im vorliegenden Falle die Bestimmung des § 295 ZPO. ein, wonach die Verletzung einer das Verfahren betreffenden Vorschrift nicht mehr gerügt werden kann, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet oder bei der nächsten mündlichen Verhandlung den ihr bekannten Mangel nicht gerügt hat. Diese Vorschrift ist auch anwendbar, wenn bei der Erlassung prozeßleitender Anordnungen, zu denen die Beweisbeschlüsse gehören (vgl. Caupp-Stein, ZPO. § 329 Bem. II), von seiten des Gerichts Vorschriften des Verfahrens verletzt sind.

Vgl. Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 3 S. 368, Bd. 66 S. 211.

Der Beweisbeschluß, durch den das Landgericht die Abnahme des über den Erlaß der Hauptverbindlichkeit zugeschobenen Eides anordnete, verletzte die Vorschrift des § 453 Abs. 2 ZPO., nach der die Eideszuschreibung mit Rücksicht auf die gleichzeitige Geltendmachung anderer Beweismittel nur als eventuelle zu behandeln war. Die Anordnung der Eidesleistung war daher unzulässig. Da der Eid aber in Gemäßheit des Beweisbeschlusses von beiden Klägern vor dem ersuchten Richter geleistet wurde, und in der darauf folgenden mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht, welche zugleich die Schlußverhandlung der ersten Instanz bildete, von keiner Seite eine Einwendung gegen die Anordnung der Eidesleistung durch den Beweisbeschluß und die Abnahme des Eides erhoben wurde, so muß der Mangel des Verfahrens als geheilt gelten. In der Tat läßt auch das Verhalten des Beklagten, welcher gegen den Beweisbeschluß, daß der zugeschobene Eid zu leisten sei, und gegen die Ausführung dieses Beweisbeschlusses nichts zu erinnern hatte, im vorliegenden Falle

kaum eine andere Deutung zu, als daß er auf die Vernehmung des benannten Zeugen, eines nahen Verwandten, und die Vorlegung der Bücher selbst keinen sonderlichen Wert gelegt und sich mit der Übergehung dieser Beweismittel stillschweigend einverstanden erklärt hat. War aber das Rügerecht des Beklagten gemäß § 295 BPO. bereits in erster Instanz verloren gegangen, so war die Nachholung der Rüge in der Berufungsinstanz nach § 530 BPO. nicht mehr statthaft. Hiernach hat die Leistung des Eides der Kläger über den Erlaß der Hauptverbindlichkeit auch für die Berufungsinstanz ihre Wirksamkeit behalten. Die Geltendmachung anderer Beweismittel für dieses Beweissthema konnte daher hier nicht mehr in Frage kommen. Die Revision beschwert sich also ohne Grund über die Ablehnung der vom Beklagten in der Berufungsinstanz zu diesem Punkte gestellten Beweisangebote.“ . . .