

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2223 097

ZPO §§ 164, 415, 418; ZVG § 80

Die gerichtliche Niederschrift über einen Zwangsversteigerungstermin erbringt zwar für das Zwangsversteigerungsverfahren den vollen Beweis, daß ein nichtbeurkundeter Vorgang nicht stattgefunden hat. Diese Beweisregel gilt jedoch nicht für einen späteren Schadensersatzprozeß, in dem der nichtbeurkundete Vorgang streitig ist; dann ist die Niederschrift gemäß § 286 ZPO frei zu würdigen.

BGH, Urt. v. 7. Februar 1963 - III ZR 119/62 - OLG Köln
LG Bonn

Verkündet

am 7. Februar 1963

Scheibl
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Heinrich M [REDACTED], S [REDACTED]/Sch [REDACTED],
Z [REDACTED]straße,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

das L [REDACTED] N [REDACTED] - W [REDACTED],
J [REDACTED], v [REDACTED] d [REDACTED] d [REDACTED] G [REDACTED],
in K [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 7. Februar 1963 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der
Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Arndt, Dr. Hußla und Gährtgens

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom
29. März 1962 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung - auch über die Kosten des Revisions-
rechtszuges - an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

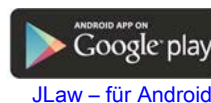
Der Kläger und seine frühere Ehefrau waren je zur ideellen Hälfte Miteigentümer eines Grundstücks in Sch[REDACTED] und eines Grundstücks in S[REDACTED]. Auf Antrag des Klägers ordnete der Amtsrichter in S[REDACTED] die Zwangsversteigerung beider Grundstücke zum Zwecke der Auflösung der Gemeinschaft an (11 K 40/57). In dem Versteigerungstermin am 23. April 1958 boten nur der Kläger und seine frühere Ehefrau auf beide Grundstücke. Der Kläger blieb mit einem Gebot von 14 000 DM für das Grundstück in S[REDACTED] und von 13 800 DM für das Grundstück in Sch[REDACTED] Meistbietender. Nach dem Versteigerungsprotokoll wurde auf das Grundstück in S[REDACTED] "ungeachtet der Aufforderung des Gerichts" ein Gebot nicht mehr abgegeben; dagegen ist eine solche Aufforderung des Gerichts zur Abgabe weiterer Gebote auf das Grundstück in Sch[REDACTED] aus dem Protokoll nicht ersichtlich. Der Kläger erhielt als Meistbietender den Zuschlag für beide Grundstücke. Auf die sofortige Beschwerde seiner früheren Ehefrau hob jedoch das Landgericht den Zuschlagsbeschuß hinsichtlich des Grundstücks in Sch[REDACTED] auf, weil durch das Protokoll nicht nachgewiesen werde, daß die Versteigerung fortgesetzt worden sei, bis ungeachtet der Aufforderung des Gerichts ein weiteres Gebot nicht mehr abgegeben wurde. Der Beschwerdeentscheidung war eine Beweisaufnahme durch den beauftragten Richter der Beschwerdekammer vorangegangen, in der die beteiligten Gerichtspersonen und Rechtsanwälte sowie die Zuhörer als Zeugen über den Hergang des Versteigerungstermins vernommen wurden.

Das Grundstück in Sch[REDACTED] wurde am 20. Juni 1959 erneut versteigert, der Kläger blieb wiederum Meistbietender mit einem Gebot von 55 000 DM und erhielt auf dieses Gebot den Zuschlag.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der Kläger fordert von dem beklagten L. nach den Grundsätzen der Amtshaftung Ersatz des Schadens, den er infolge der Aufhebung des ersten Zuschlages dadurch erlitten habe, daß er das Grundstück in Sch. mit höherem Gebot habe ersteigern müssen, und den er mit 26 235 DM beziffert hat. Zur Begründung hat er vorgetragen: In dem Versteigerungstermin am 23. April 1958 habe der Richter auch bezüglich des Grundstücks in Sch. nach dem letzten Gebot zur Abgabe weiterer Gebote aufgefordert; der Urkundsbeamte habe jedoch versäumt, diese Aufforderung im Protokoll festzuhalten. Die Amtspflichtverletzung des Richters und des Urkundsbeamten liege also darin, daß sie eine für die Ordnungsmäßigkeit der Versteigerung wesentliche Tatsache nicht in das Protokoll aufgenommen hätten. Sollte aber - wie das beklagte L. behaupte - der Richter nicht zur Abgabe weiterer Gebote aufgefordert haben, so habe der Richter amtspflichtwidrig gehandelt, indem er die Versteigerung schloß und den Zuschlag erteilte, bevor die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt waren. In beiden Fällen habe die Amtspflichtverletzung zur Aufhebung des Zuschlagbeschlusses und weiter dazu geführt, daß er, der Kläger, das Grundstück in Sch. erst wesentlich später und nur gegen ein höheres Gebot habe erwerben können.

Der Kläger hat daher beantragt, das beklagte L. zur Zahlung von 26 235 DM nebst 4 % Verzugszinsen seit dem 25. Januar 1960 zu verurteilen.

Das beklagte Land hat um Klageabweisung gebeten; es hat vorgetragen: Das Protokoll über den Versteigerungstermin am 23. April 1958 sei richtig. Der Richter habe nach dem letzten Gebot des Klägers auf das Grundstück in Sch. nicht zu weiteren Geboten aufgefordert. Das aber sei für den geltend gemachten Schaden nicht ursächlich geworden. Denn hätte der Richter zu weiteren Geboten aufgefordert, dann würde die frühere Ehefrau

des Klägers schon im ersten Versteigerungstermin weiter geboten und den Kläger zu einem Gebot von 50 000 DM und mehr auf das Grundstück in Sch[REDACTED] getrieben haben. Weiter hat das beklagte L[REDACTED] die Höhe des Schadens bestritten und sich darauf berufen, daß der Kläger in anderer Weise, nämlich von Rechtsanwalt Gö[REDACTED], seinem Berater im Versteigerungstermin, Ersatz seines Schadens erlangen könne.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; die Berufung des Klägers ist vom Oberlandesgericht zurückgewiesen worden. Mit der Revision beantragt der Kläger, die Sache unter Aufhebung des Berufungsurteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das beklagte Land bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1.) Im Versteigerungstermin muß die - nach § 73 Abs. 4 Satz 2/^{ZVG}vorgeschriebene - Aufforderung zur Abgabe weiterer Gebote vor Schluß der Versteigerung verkündet und mit Zeitangabe in das Protokoll aufgenommen werden (Steiner-Riedel, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 7. Aufl. zu § 73 Anm. 2). Das Unterlassen der Aufforderung oder deren Nichtaufnahme in das Protokoll führt zur Versagung des Zuschlages (§§ 73, 78, 80, 83 Nr. 7 ZVG).

Die Klage ist in erster Linie auf die Behauptung gestützt, der Versteigerungsrichter habe in dem Termin am 23. April 1958 nach dem letzten Gebot des Klägers ordnungsgemäß zur Abgabe weiterer Gebote auf das Grundstück in Sch[REDACTED] aufgefordert; auf der Grundlage dieser Behauptung macht der Kläger als anspruchsbegründende Amtspflichtverletzung geltend, daß der Versteigerungsrichter und der Urkundsbeamte eine unrichtige oder

unvollständige Niederschrift über den Termin angefertigt hätten. Daneben hat der Kläger von vornherein auch die Möglichkeit in Betracht gezogen, daß der Richter entgegen § 73 ZVG nicht zu weiteren Geboten aufgefordert habe, und für diesen Fall eine Amtspflichtverletzung des Richters in der Versäumung dieser Aufforderung, der vorzeitigen Schließung des Termins und der unzulässigen Erteilung des Zuschlages gesehen. Ein solcher Tatsachenvortrag in Wahlform, bei dem die eigene Auffassung und die damit unvereinbare Auffassung des Gegners dem Gericht unterbreitet werden, ist prozessual zulässig; er widerspricht insbesondere nicht der Wahrheitspflicht der Parteien (BGHZ 19, 387 = LM zu ZPO § 138 Nr. 1).

2.) Das Berufungsgericht hat - wie schon das Landgericht - tatsächlich festgestellt, daß der Versteigerungsrichter vor Schluß der Versteigerung des Grundstücks in Sch. versäumt habe, zur Abgabe weiterer Gebote aufzufordern. Diese Feststellung beruht auf der Verwertung der Zwangsversteigerungsakten 11 K 40/57 und der darin enthaltenen Beweisprotokolle, mit der sich beide Parteien im ersten Rechtszuge auf Anregung des Landgerichts einverstanden erklärt hatten. In dem festgestellten Verhalten des Versteigerungsrichters hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler (vgl. die Nachweise bei BGB-RGRK 11. Aufl. zu § 839 Anm. 78) eine Verletzung von Amtspflichten gegenüber dem Kläger gesehen; es hat jedoch einen Schadensersatzanspruch gegen das beklagte L. vorncint, weil der Kläger nicht dargetan habe, daß er nicht von seinem Berater im Versteigerungstermin, Rechtsanwalt Gö., wegen Verletzung des Anwaltsvertrages Ersatz des geltend gemachten Schadens erlangen könne (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB; vgl. RGZ 165, 105; BGHZ 4, 10; LM zu BGB § 839 E Nr. 6).

3.) Die Ansicht der Revision, die Anwendung der Subsidiaritätsklausel sei in einem derartigen Fall mit dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung unvereinbar,

weil dem Rechtsanwalt keine Kontrollfunktion gegenüber dem Richter zukomme, ist abzulehnen; insoweit ist auch der Hinweis der Revision auf das Urteil des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 24. Februar 1959 (NJW 1959, 985), das einen völlig anders liegenden Fall und eine andere Rechtsfrage betrifft, erfolglos; denn es geht hier nicht um das Verhältnis von Außen- und Innenhaftung, sondern darum, daß der fahrlässig handelnde Beamte oder die für ihn eintretende Körperschaft überhaupt nicht schadensersatzpflichtig ist, so lange noch ein Dritter haftet (BGHZ 28, 297, 301; 31, 148, 151).

In seinem mündlichen Vortrag hat der Prozeßbevollmächtigte des Klägers - anders als in der schriftlichen Revisionsbegründung - in erster Linie darauf abgestellt, daß ein Schadensersatzanspruch des Klägers gegen Rechtsanwalt Gö● bei keiner denkbaren Fallgestaltung begründet werden könne. Der erkennende Senat vermag jedoch der Ansicht, ein Schadensersatzanspruch des Klägers gegen Rechtsanwalt Gö● könne schon bei der jetzigen Verfahrenslage abschließend verneint werden, nicht zu folgen, denn die tatsächliche Feststellung des Hergangs im Versteigerungstermin, die von der Revision mit einer Reihe von Verfahrensrügen angegriffen wird, ist auch für die Beurteilung des Verhaltens von Rechtsanwalt Gö● wesentlich.

Hätte der Versteigerungsrichter zu weiteren Geboten aufgefordert, so könnte zwar eine Amtspflichtverletzung darin liegen, daß die Aufforderung nicht in die Sitzungsniederschrift aufgenommen wurde; diese Amtspflichtverletzung aber wäre - jedenfalls vor dem Schluß der Versteigerung - für Rechtsanwalt Gö● kaum erkennbar gewesen; denn die Niederschrift über den Versteigerungstermin (§ 78 ZVG) wird nicht vollen Umfanges verlesen; das geschieht nur hinsichtlich der Feststellungen des geringsten Gebotes und der Versteigerungsbedingungen (§ 66 ZVG) sowie

der in den §§ 160 Nr. 1 bis 4, 162 ZPO bezeichneten Vorgänge (vgl. Steiner-Riedel zu § 78 Anm. 2 g; Korintenberg-Wenz, ZVG, 6. Aufl., zu § 78 Anm. 4), zu denen die richterliche Aufforderung nicht rechnet.

Eine Verletzung anwaltlicher Pflichten wird vielmehr nur in dem anderen, vom Berufungsgericht angenommenen Fall, daß die richterliche Aufforderung unterblieb, ernstlich in Erwägung gezogen werden können, denn nur in diesem Falle war ein Versehen des Richters für den Rechtsanwalt erkennbar. Der Rechtsanwalt durfte davon ausgehen, daß der Richter ordnungsgemäß verfahren werde, er durfte daher die Maßnahmen des Richters abwarten und hatte keine Veranlassung, in die Verhandlung einzugreifen, solange nicht ein Fehler der Verhandlungsführung ersichtlich wurde. Der Revision ist auch zuzugeben, daß es durchaus zweifelhaft sein kann, ob der Rechtsanwalt überhaupt noch die rechtliche Möglichkeit zum Eingreifen hatte, wenn der Richter - statt der erwarteten Aufforderung zur Abgabe weiterer Gebote - den Schluß der Versteigerung für das Grundstück in Sch. verkündete, ob ihm in dieser Lage ein Eingreifen mit Rücksicht auf die Interessen seines Mandanten, des Klägers, zugemutet werden konnte und ob ihm die beiden Minuten von 12.56 bis 12.57 Uhr - in denen ausweislich des Protokolls zweimal auf das Grundstück in S. geboten, Sicherheitsleistung gefordert, angeordnet und geleistet sowie der Schluß der Versteigerung des Grundstücks in Sch. verkündet wurde - Raum für eine sachliche Abwägung ließen. Letztlich hängt aber die Beurteilung alles dessen von der Lage ab, vor die der Rechtsanwalt tatsächlich gestellt war, und insoweit fehlt es an einer tragfähigen Grundlage für eine abschließende Entscheidung, weil das Berufungsgericht - wie die Revision mit Recht rügt - seine tatsächlichen Feststellungen fehlerhaft getroffen hat.

II.

1.) Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Versteigerungsrichter habe die erforderliche letzte Aufforderung zur Abgabe weiterer Gebote auf das Grundstück in Sch[REDACTED] unterlassen, beruht auf folgenden Erwägungen: Das Protokoll über den Versteigerungstermin am 23. April 1958 - als eine öffentliche Urkunde im Sinne der §§ 415, 418 ZPO - beweise, daß der Versteigerungsrichter für das Grundstück in S[REDACTED] zu weiteren Geboten aufgefordert habe, es erbringe aber auch den vollen Beweis dafür, daß dies hinsichtlich des Grundstücks in Sch[REDACTED] nicht geschehen sei. Denn die Urkunde beweise sowohl das Geschehen wie das Nicht-Geschehen. Den zugelassenen Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Tatsachen habe der Kläger nicht geführt.

Diese Erwägungen sind, wie die Revision mit Recht rügt, fehlerhaft. Richtig ist, daß die Niederschrift über einen Versteigerungstermin - wie jedes Protokoll über eine gerichtliche Verhandlung - eine öffentliche Urkunde im Sinne der §§ 415, 418 ZPO ist (vgl. Stein-Jonas-Schönke ZPO 17. Aufl. zu § 418 Anm. 1). Als solche begründet das Protokoll - unbeschadet des zugelassenen Nachweises der Unrichtigkeit - den vollen Beweis des "beurkundeten Vorgangs" (§ 415 ZPO) oder "der darin bezeugten Tatsachen" (§ 418 ZPO). Das Gesetz gibt damit eine Beweisregel für den Gegenstand der öffentlichen Urkunde, für das also, was in der Urkunde beurkundet oder bezeugt wird. In der Niederschrift vom 23. April 1958 ist beurkundet und bezeugt, daß der Versteigerungsrichter zur Abgabe von Mehrgeboten auf das Grundstück in S[REDACTED] aufgefordert hat, dagegen besagt die Niederschrift über eine entsprechende Aufforderung auf das Grundstück in Sch[REDACTED] nichts. Es ist weder beurkundet, daß der Versteigerungsrichter eine solche Aufforderung für das Grundstück in Sch[REDACTED] ausgesprochen, noch daß

er sie unterlassen habe.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, damit sei für den gegenwärtigen Rechtsstreit der volle Beweis erbracht, daß der Richter nicht zur Abgabe weiterer Gebote auf das Grundstück in Sch[REDACTED] aufgefordert habe, ist rechtsirrig. Das Berufungsgericht hat den Grundsatz, das Protokoll beweise das Geschehen (der beurkundeten Vorgänge) wie das Nicht-Geschehen (der nicht beurkundeten Vorgänge), dem Kommentar zur Zivilprozeßordnung von Baumbach-Lauterbach (jetzt 26. Aufl. zu § 164 Anm. 1 B) entnommen (vgl. auch Wieczorek ZPO zu § 164 Anm. A II b). Dieser Satz ist in seinem Zusammenhang richtig, er gibt die besondere Bedeutung, die der Niederschrift für das Verfahren zukommt, in dem sie aufgenommen wurde, zutreffend wieder, gilt jedoch nicht darüber hinaus. Vorgänge in dem Versteigerungstermin, die für die Entscheidung über den Zuschlag oder für das Recht eines Beteiligten in Betracht kommen, sind durch das Protokoll festzustellen (§ 78 ZVG); dem entsprechend bestimmt § 80 ZVG, daß Vorgänge in dem Versteigerungstermin, die nicht aus dem Protokoll ersichtlich sind, bei der Entscheidung über den Zuschlag nicht berücksichtigt werden, d.h. ein nicht beurkundeter Vorgang wird bei der Entscheidung über den Zuschlag als nicht geschehen behandelt. Eine ergänzende Regelung für die Sitzungsniederschrift gibt § 164 ZPO, indem er bestimmt, daß die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten nur durch das Protokoll bewiesen werden könne - unbeschadet des zulässigen Nachweises der Fälschung; auch hiernach wird also eine nicht im Protokoll festgehaltene notwendige Förmlichkeit als nicht beachtet angesehen. Beide Beweisregeln gelten jedoch nur für das Verfahren, in dem die Niederschrift aufgenommen wurde, und nur für das übergeordnete Gericht, das die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens nachzuprüfen hat; sie gelten dagegen nicht, falls

sich ein Streit über den Gang der Verhandlung in einem anderen Rechtsstreit ergibt. Das folgt für § 80 ZVG aus den Worten "bei der Entscheidung über den Zuschlag", für § 164 ZPO aus dem Zusammenhang der gesetzlichen Regelung und ist allgemein anerkannt (vgl. zu § 80 ZVG: Wilhelmi-Vogel ZVG 5. Aufl. zu § 80 Anm. 3; Steiner-Riedel zu § 80 Anm. 3; zu § 164 ZPO: KG OLG Rechtsprechung 25, 293; Stein-Jonas-Schönke zu § 164 Erl. I Fußnote 12; Wieczorek zu § 164 Anm. B II; Sydow-Busch ZPO 22. Aufl. zu § 164 Anm. 1; vgl. ferner RGSt 58, 58; 59, 13, 19). Für den gegenwärtigen Rechtsstreit greifen daher diese Bestimmungen nicht ein.

Zwar sind gerichtliche Protokolle der Auslegung zugänglich (BGHZ 26, 340, 343). Aber auch die sinnge-
mäßige Auslegung der Niederschrift vom 23. April 1958 kann nicht zu dem Ergebnis führen, daß in ihr das Unterlassen der Mehrgebots-Aufforderung für das Grundstück in Sch. bezeugt und beurkundet werde; denn es geht nicht an, in die Urkunde einen Vorgang hineinzutragen, der nicht ihr Gegenstand ist (RGZ 131, 284, 288).

Die Ansicht des Berufungsgerichts, durch die Niederschrift vom 23. April 1958 werde - unbeschadet des zulässigen Nachweises der Unrichtigkeit - voll bewiesen, daß der Versteigerungsrichter nicht zur Abgabe weiterer Gebote auf das Grundstück in Sch. aufgefordert habe, beruht daher auf der irrtümlichen Annahme der Bindung durch eine Beweisregel, die in Wirklichkeit nicht ein-
griff. Vielmehr war der Inhalt des Protokolls gemäß § 286 ZPO frei zu würdigen. Schon dieser Verfahrensfehler führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurück-
verweisung der Sache an das Berufungsgericht, da nicht ausgeschlossen werden kann, daß das Berufungsgericht bei richtigem Verfahren zu einer dem Kläger günstigeren Ent-
scheidung hätte gelangen können.

2.) Für die erneute Verhandlung vor dem Berufungsgericht gibt der erkennende Senat nachstehende Hinweise:

a) Das Berufungsgericht hat von einer "nochmaligen" Vernehmung der - im Beschwerdeverfahren vernommenen - Zeugen, die der Kläger in der Berufungsbegründung ausdrücklich erbeten hatte, abgesehen, weil das im ersten Rechtszug erklärte Einverständnis der Parteien mit einer urkundenbeweislichen Verwertung der früheren Beweisaufnahme auch für den Berufungsrechtszug wirksam sei und ein besonderer Grund, der eine "abermalige" Vernehmung der Zeugen angebracht erscheinen lasse, nicht vorliege; es sei nicht ersichtlich, daß die Zeugen bei einer erneuten Vernehmung etwas anderes als früher bekunden sollten und nicht zu erwarten, daß die Zeugen jetzt nach Ablauf von vier Jahren zuverlässigere Angaben machen könnten, deshalb würde sich an der Würdigung der vorliegenden Beweise schwerlich etwas ändern.

Demgegenüber rügt die Revision eine Verletzung des § 286 ZPO. Dazu ist zu sagen: Die auf § 398 ZPO abgestellte Begründung des Berufungsgerichts für die Ablehnung des angebotenen Zeugenbeweises begegnet insofern Bedenken, als die vom Kläger in der Klageschrift und erneut in der Berufungsbegründung benannten Zeugen im gegenwärtigen Rechtsstreit noch nicht vernommen worden sind. Bislang sind lediglich die Protokolle aus dem Beschwerde-rechtszug des Zwangsvorsteigerungsverfahrens mit den Aussagen der Zeugen über die Vorgänge im Versteigerungstermin urkundenbeweislich verwertet worden. Die Verwertung von Beweisprotokollen aus anderen Verfahren im Wege des Urkundenbeweises ist von dem Zeugenbeweis durchaus verschieden und rechtfertigt die Anwendung des § 398 ZPO nicht (EGHZ 7, 116, 122). Das entsprach bereits der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 105, 219, 221).

Auch wenn sich die Parteien - wie im vorliegenden Rechtsstreit - im ersten Rechtszuge damit einverstanden erklärt haben, daß Vernehmungsniederschriften aus einem anderen Verfahren bei der Entscheidung ihrer Sache verwertet werden sollen, bleibt diese Verwertung Urkundenbeweis und wird nicht zum Zeugenbeweis; die Parteien sind daher grundsätzlich nicht gehindert, im Berufungsrechtszug die Vernehmung der Zeugen zu beantragen (LM zu ZPO § 355 Nr. 4), und es handelt sich alsdann um einen erstmaligen Antritt des Zeugenbeweises. Ob etwas anderes dann zu gelten hat, wenn die Parteien darüber einig sind, daß die Verwertung der früheren Beweisprotokolle "statt einer nochmaligen Vernehmung" der Zeugen so gelten solle, als wären die Aussagen in dem anhängigen Rechtsstreit gemacht worden (vgl. RG Warn.Rspr. 1916 Nr. 93 und DR 1939, 183), bedarf hier der Erörterung nicht, weil diese Voraussetzung nicht zutrifft. Denn im vorliegenden Rechtsstreit hat das Landgericht in seinem Beschluß vom 18. April 1961 den Parteien Gelegenheit zu der Erklärung gegeben, ob sie mit einer Verwertung der früheren Beweisaufnahme "im Wege des Urkundenbeweises" einverstanden seien, und nur damit haben sich die Parteien einverstanden erklärt. Darin den endgültigen Verzicht auf die Vernehmung der Zeugen zu sehen, geht nicht an, zumal in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils (Bl. 10 und 12 der Urteilsausfertigung) wiederholt angeführt ist, daß die Parteien mit der Verwertung der früheren Beweisaufnahme "im Wege des Urkundenbeweises" einverstanden seien. Das hinderte den Kläger nicht, die Vernehmung der Zeugen zu erbitten, und rechtfertigte die Ablehnung des Beweisantrages nicht. Selbst wenn die Zeugen früher schon ihr ganzes Wissen über die Vorgänge bekundet haben sollten, ist es durchaus denkbar, daß der Kläger ein prozessual gerechtfertigtes Interesse an der Vernehmung der Zeugen haben kann, um dem Gericht einen persönlichen Eindruck zu verschaffen. An der Erheblichkeit des Beweisangebotes des Klägers ist nicht zu zweifeln, seine Tauglichkeit läßt

sich mit der Begründung allein, daß inzwischen vier Jahre vergangen seien, nicht verneinen. Das Berufungsgericht wird daher über die Berechtigung des Beweisangebotes erneut unter Berücksichtigung der §§ 373, 286 ZPO zu entscheiden haben.

b) Die Vernehmung des in der Berufungsbegründung benannten Zeugen Ki [REDACTED], auf den die Parteien in der früheren Beweisaufnahme verzichtet hatten, hat das Berufungsgericht mit der Begründung abgelehnt, der Kläger hätte den Zeugen schon im ersten Rechtszuge benennen können, der Beweisantritt erst in der Berufungsbegründung sei verspätet und gemäß § 529 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

Demgegenüber wirft die Revision mit Recht die Frage auf, ob nicht eine Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits hätte vermieden werden können, wenn der Zeuge, der in S [REDACTED] wohnt, prozeßleitend zum Verhandlungstermin geladen worden wäre (vgl. LM zu ZPO § 272 b Nr. 3). Aus den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils geht nicht hervor, daß das Berufungsgericht dies erwogen hätte.

Hiernach ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrechtszuges wird dem Berufungsgericht übertragen, weil erst dessen künftige Entscheidung ergeben wird, ob und in welchem Umfange das Rechtsmittel sachlich Erfolg haben kann.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Dr. Hußla

Gähtgens