

035 5a

Für das Nachschlagewerk !
Nicht für die Amtliche Sammlung !

Gesetz: ZPO §§ 161, 313

Rechtssatz:

Hat das Berufungsgericht in Anwendung des § 161 ZPO den Inhalt der Zeugenaussagen in dem Sitzungsprotokoll nicht niedergelegt, sondern den Inhalt in einem Vermerk des Berichterstatters festgehalten, so genügt es für die Wiedergabe des wesentlichen Inhalts dieser Zeugenaussagen im Berufungsurteil, wenn das Berufungsgericht in dem Tatbestand seines Urteils auf den bei den Akten befindlichen Vermerk des Berichterstatters Bezug nimmt.

Aktenzeichen: II ZR 153/55

Urteil des BGH vom 11. Oktober 1956 - OLG Hamm

Verkündet
am 11. Oktober 1956
Noll, Justizangestellter,
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 Horst S [REDACTED], L [REDACTED],
O [REDACTED] str. [REDACTED],
Beklagter und Revisionskläger,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-

gegen

den Gutsbesitzer Werner H [REDACTED], G [REDACTED]
S [REDACTED] bei W [REDACTED],
Kläger und Revisionsbeklagter,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 1956 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Delbrück, Dr. Haidinger, Dr. Fischer und Dr. Nörr für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 9. Mai 1955 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verkaufte am 20. März 1952 an den Beklagten einen etwa 250 Jahre alten Restbestand von Buchenstammholz aus seinem Revier zum Preise von 200 % der Meßzahlen bei voller Preisstaffelung. Ausgenommen wurden nach dem unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreiben des Klägers vom 21. März 1952 zwei genau bezeichnete Stämme, die zu 100 % der Meßzahlen berechnet werden sollten. Nach dem Vertrag oblag es dem Kläger, das Holz zu schlagen und aufzumessen. Auf der Grundlage des Aufmaßes sollte sodann der Kaufpreis errechnet werden. Nachdem in der Folgezeit zwischen den Parteien Differenzen aufgetreten waren, erklärte sich der Beklagte in einer mündlichen Besprechung mit dem Kläger am 12. Juni 1952 bereit, das Holz entsprechend den Bedingungen des Kaufvertrages vom 20. März 1952 zu übernehmen. Er bestand jedoch darauf, daß das Holz gesundgeschnitten werde. Es wurde deshalb vereinbart, daß der Beklagte mit dem Revierförster des Klägers das Holz Stamm für Stamm durchgehen und feststellen sollte, wie weit es gesundgeschnitten werden müsse.

Bald nach der Besprechung vom 12. Juni 1952 zeichnete der Beklagte gemeinsam mit dem Revierförster des Klägers einen Teil der Stämme für die vorgesehene Aufarbeitung an. Die restliche Überprüfung des Holzes konnte jedoch in den folgenden Tagen nicht mehr mit dem Beklagten vorgenommen werden, weil dieser trotz Aufforderung nicht zur Fortsetzung der Arbeit erschien. Deshalb wurden die restlichen Aufarbeitungsmaßnahmen ohne seine Mitwirkung ausgeführt, nachdem er mit Schreiben vom 28. Juni 1952 selbst das möglichst schnelle Gesundschnneiden der Buchen gefordert hatte.



Für den 22. Juli 1952 vereinbarten die Parteien eine neue Zusammenkunft im Wald, und zwar nach den Behauptungen des Klägers zu dem Zweck, das damals aufgearbeitete Holz entsprechend einer Vereinbarung mit dem Beklagten gemeinsam mit diesem aufzumessen. Diese Zusammenkunft kam nicht zustande, nach der Behauptung des Klägers deshalb nicht, weil der Beklagte zu der verabredeten Stunde nicht erschienen war. Mit Schreiben vom 25. Juli 1952 wies deshalb der Kläger den Beklagten darauf hin, daß die Abfuhr des Buchenstammholzes besonders dringlich geworden und eine längere Lagerung unzweckmäßig sei. Etwa einen Monat später (20. August 1952) übersandte er dem Beklagten die Aufmaßliste für das Stammholz mit dem Bemerken, daß es nicht möglich gewesen sei, mit dem Aufmaß so lange zu warten, bis der Beklagte anwesend sein würde, und mit dem erneuten Hinweis, daß die Abfuhr des Holzes dringlich sei. Der Beklagte lehnte mit Schreiben vom 23. August 1952 die Abnahme des Holzes mit der Begründung ab, daß die Aufarbeitung nicht rechtzeitig und nicht ordnungsgemäß vorgenommen sei. Der Kläger übersandte ihm daraufhin am 25. August 1952 die Rechnung für das Buchenholz im Gesamtbetrag von 54.700,80 DM und bestand auf Abnahme des Holzes. Auf den erneuten Widerspruch des Beklagten und auf sein Ausbleiben zu einer am 28. August 1952 vereinbarten Besprechung setzte der Kläger dem Beklagten mit Schreiben vom 28. August 1952 eine Frist zur Abnahme und Bezahlung des Holzes bis zum 5. September 1952 und drohte ihm dabei an, daß er nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Annahme der Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen werde. Da der Beklagte auch diesem Verlangen nicht nachkam, verkaufte der Kläger eine Woche später das Holz an einen anderen Abnehmer und erzielte dabei einen wesentlich geringeren Preis.

Mit der Klage macht der Kläger einen Teilbetrag von 7.000 DM von der Differenz zwischen dem mit dem Beklagten vereinbarten und dem dann vom Kläger erzielten Kaufpreis geltend. Dabei weist er darauf hin, daß sich der Beklagte nur deshalb vom Vertrage habe lösen wollen, weil im Sommer 1952 auf dem Holzmarkt ein Konjunktumschwung eingetreten sei und sich Absatzschwierigkeiten abgezeichnet hätten.

Der Beklagte begründet seine Zahlungsweigerung im wesentlichen damit, daß das Holz nicht nach den Bestimmungen der Holzmeßanweisung (Homa) als Holz der Güteklasse B gesundgeschnitten und aufgearbeitet gewesen sei; vielmehr sei entgegen den getroffenen Vereinbarungen unter dem angebotenen Holz auch C-Holz und C + (C-Kreuz-) Holz gewesen.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Abweisungsantrag weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision bringt gegen das Berufungsurteil zunächst zwei prozessuale Rügen allgemeiner Art vor.

1.) Das Berufungsgericht hat in seiner letzten mündlichen Verhandlung den Revierförster Q [REDACTED] als Zeugen eidlich vernommen. Der Inhalt dieser Vernehmung ist nicht in dem Sitzungsprotokoll, sondern in einem bei den Akten befindlichen Vermerk des Berichterstatters niedergelegt. Dieser Vermerk ist den Parteivertretern einige Tage nach der mündlichen Verhandlung in Abschrift zugeleitet worden. Das Berufungsurteil gibt den Inhalt der Vernehmung des Zeugen Q [REDACTED] nicht selbst wieder, viel-

mehr ist in dem Tatbestand des Berufungsurteils nur auf den Vermerk des Berichterstatters Bezug genommen worden. Die Revision meint, daß dieses Vorgehen eine Verletzung der §§ 161, 313 ZPO darstelle.

Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung (vgl etwa RG 145, 392; 146, 354; 151, 249) die Auffassung vertreten, daß es bei einer Anwendung des § 161 ZPO unerläßlich sei, daß in dem Berufungsurteil der wesentliche Inhalt der Zeugenaussage(n) wiedergegeben werde, sofern das Urteil dem Rechtsmittel der Revision unterliegt. Dieser Ansicht ist der Bundesgerichtshof gefolgt (vgl etwa BGH Lind.-Wöhr. Nr 2 zu § 161 ZPO). Der tragende Gesichtspunkt für diese Ansicht, der gewiß eine Erweiterung der Vorschrift des § 313 Abs 1 ZPO darstellt (vgl dazu RG DR 1941, 1741), besteht darin, dem Revisionsgericht und den Parteien des Revisionsrechtszuges die Nachprüfung zu ermöglichen, ob das Beweisergebnis dem Berufungsgericht in seinem wesentlichen Inhalt gegenwärtig gewesen und von ihm erschöpfend gewürdigt worden ist. Aus diesem tragenden Gesichtspunkt für die ausdehnende Anwendung des § 313 Abs 1 ZPO ist aber zugleich ersichtlich, daß es genügen muß, wenn in dem Berufungsurteil auf einen bei den Akten befindlichen Vermerk des Berichterstatters, der den wesentlichen Inhalt der Zeugenaussage(n) wiedergibt, Bezug genommen wird. Denn eine solche Bezugnahme eröffnet dem Revisionsgericht und den Parteien des Revisionsrechtszuges in ausreichendem Maße die Möglichkeit zu der insoweit gebotenen Nachprüfung des Berufungsurteils, weil es hierfür ohne Belang ist, ob die Wiedergabe des wesentlichen Inhalts der Zeugenaussage(n) unmittelbar in dem Urteil selbst enthalten oder ob sie durch eine Bezugnahme auf einen Aktenbestandteil für das Revisionsgericht und für die Parteien des Revisionsrechtszuges aus den Akten ersichtlich ist. Dem kann auch nicht

die Vorschrift des § 313 Abs 2 ZPO entgegengehalten werden. Diese Vorschrift gestattet allerdings für die Darstellung des Tatbestandes nur in bestimmt bezeichneten Fällen die Bezugnahme auf den Inhalt der Akten und erwähnt insoweit den hier in Betracht kommenden Fall nicht. Wie schon das Reichsgericht (DR 1941, 1741) betont hat, kann aus § 313 Abs 2 ZPO deshalb nichts Abweichendes hergeleitet werden, weil bei einer Anwendung des § 161 ZPO der Zwang zur Wiedergabe des wesentlichen Inhalts der Zeugenaussage im Berufungsurteil erst nachträglich durch die Rechtsprechung eingeführt worden ist, für den Gesetzgeber also kein Anlaß und keine Möglichkeit bestand, bei der Formulierung des § 313 Abs 2 ZPO dieser späteren Entwicklung der Rechtsprechung Rechnung zu tragen. Auch der Grundgedanke des § 313 Abs 1 Nr 3 ZPO steht dem nicht entgegen (so RG HRR 1937 Nr 407). Wenn danach das Urteil selbst eine in sich geschlossene Darstellung des Sach- und Streitstandes enthalten soll, so gilt das mit Rücksicht auf § 313 Abs 2 ZPO doch nur im Grundsatz und schließt nicht die Möglichkeit aus, daß im Einzelfall von der Wiedergabe einer Zeugenaussage überhaupt abgesehen wird. Schließlich ergibt sich gegen die Bezugnahme auf einen Vermerk des Berichterstatters über den Inhalt der Zeugenaussagen auch nicht etwa deshalb ein Bedenken, weil den Parteien dadurch die Möglichkeit einer vorherigen Nachprüfung dieses Vermerks auf seinen Inhalt unter Umständen genommen ist. Denn diese Möglichkeit hat der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 161 ZPO bewußt in Kauf genommen (vgl dazu BGHZ 21, 59), und sie birgt für die Parteien insoweit noch größere Gefahren, wenn die Wiedergabe des wesentlichen Inhalts der Zeugenaussage(n) erst im Urteil erfolgt und nicht, wie hier, in einem Vermerk, der den Parteien zwar erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung,

aber doch vor Verkündung des Urteils mitgeteilt worden ist.

2.) Die Revision rügt sodann eine Verletzung des § 148 ZPO und beruft sich dabei darauf, daß der Beklagte gegen den Zeugen Q [REDACTED] eine Meineidsanzeige erstattet und mit Rücksicht darauf den Antrag auf Aussetzung des Verfahrens gestellt hatte. Auch diese Rüge ist unbegründet. Die Entscheidung darüber, ob ein Verfahren nach § 148 ZPO auszusetzen ist oder nicht, unterliegt grundsätzlich dem freien Ermessen des Gerichts und eine Nachprüfung dieser Entscheidung ist dem Revisionsgericht entzogen (vgl. BGH Lind.-Möhr. Nr 1 zu § 252 ZPO). Ein Ausnahmetatbestand, bei dem das Gericht in der Ausübung seines Ermessens rechtlich gebunden ist (vgl. etwa BGHZ 16, 124), ist hier nicht gegeben.

II. Das Berufungsgericht legt an Hand des vorliegenden Schriftwechsels und auf Grund der Aussage des Revierförsters Q [REDACTED] den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag dahin aus, daß der Beklagte das Buchenstammholz mit Ausnahme von zwei Stücken, und zwar den gesamten Restbestand in dem fraglichen Revier, zu einem fest vereinbarten Durchschnittspreis von 200 % der Meßzahlen gekauft habe. Im Rahmen dieser Auslegung setzt sich das Berufungsgericht eingehend mit der Gegenbehauptung des Beklagten auseinander, daß nämlich vereinbart worden sei, daß alles Holz, das nicht zu Stammholz der Güteklasse B würde aufgearbeitet werden können, als Faserholz habe verarbeitet und berechnet werden sollen. Dabei hält das Berufungsgericht diese Darstellung des Beklagten aus im einzelnen näher dargelegten tatsächlichen Gründen für unrichtig und meint des weiteren, daß entgegen der Ansicht des Beklagten weder eine Äußerung des zuständigen

Regierungspräsidenten noch das Gutachten eines Sachverständigen eine abweichende Feststellung über den Inhalt des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages ergeben könnte, weil diese beim Vertragsabschluß nicht zugegen gewesen seien. Die Revision greift diese Ausführungen des Berufungsgerichts an, allein zu Unrecht.

1.) Die Revision meint, daß der zwischen den Parteien vereinbarte Preis von 200 % der Meßzahlen zu dem Schluß nötige, daß damit die Parteien auch davon ausgegangen seien, daß es sich bei dem gekauften Holz um solches der Güteklasse B handle und daß die Parteien diese Vorstellung zum Vertragsinhalt gemacht hätten. Für die Darlegung, daß diese Schlußfolgerung richtig und zwingend sei, greift die Revision auf die Beweisangebote des Beklagten auf Herbeiführung einer weiteren Auskunft des zuständigen Regierungspräsidenten und auf das Gutachten eines Sachverständigen zurück. Die Revision hat mit diesem Angriff deshalb Unrecht, weil der vereinbarte Preis von 200 % der Meßzahlen nicht zwingend den Schluß rechtfertigt, daß die Parteien zum Gegenstand ihres Vertrages den Kauf von Holz der Güteklasse B gemacht haben. Aus Rechtsgründen waren die Parteien nicht gehindert, eine andere Vereinbarung zu treffen. Das Berufungsgericht ist sich bei seiner Auslegung durchaus bewußt gewesen, daß ein Kaufpreis von 200 % der Meßzahlen zur damaligen Zeit im allgemeinen den Schluß auf den Ankauf von Holz der Güteklasse B rechtfertigen mag, und hat das bei seiner Auslegung auch ausdrücklich berücksichtigt. Wenn es gleichwohl mit Rücksicht auf den Inhalt des Schriftwechsels und der Aussage des Zeugen C. zu einem anderen Ergebnis gelangt ist, so liegt das auf tatsächlichem Gebiet. Eine weitere Äußerung des zuständigen Regierungspräsidenten oder das Gutachten eines Sachverständigen

digen mußte hierbei ohne Bedeutung sein, da es sich insoweit um die Feststellung eines individuellen Parteiwillens und um die Auslegung vorliegender Urkunden (Bestätigungsschreiben und der sonstige Schriftwechsel) handelte und da weder der zuständige Regierungspräsident noch ein Sachverständiger über die Bildung dieses individuellen Parteiwillens und über den Inhalt der nur für diesen Einzelfall geltenden Urkunden etwas Sachdienliches sagen können.

2.) In zweiter Linie meint die Revision, das Berufungsgericht hätte zumindest berücksichtigen müssen, daß der Beklagte - dem Kläger erkennbar - von der Vorstellung ausgegangen sei, daß der Holzbestand der Güteklasse B entspreche. Auch mit dieser Erwägung kann die Revision das Berufungsurteil nicht mit Erfolg angreifen. Denn sie setzt sich insoweit mit den tatsächlichen Feststellungen und der Auslegung des Berufungsgerichts in Widerspruch, indem sie diesen Feststellungen und der Auslegung des Vertrages einen neuen tatsächlichen Gesichtspunkt entgegenstellt. Die Auslegung des Vertrages durch das Berufungsgericht bedeutet, daß die Parteien bei der Vereinbarung eines Durchschnittspreises für den gesamten Restbestand ein gewisses Risiko auf sich nahmen, nämlich das Risiko, welche Qualität (Güte) das gekaufte Holz im einzelnen haben werde. Die Übernahme dieses Risikos schließt die Möglichkeit aus, daß sich nunmehr eine der beiden Parteien mit dem Hinweis, daß sie sich bei der Abwicklung des Geschäfts in der Richtigkeit ihrer Vorstellung getäuscht sieht, auf diese unrichtige Vorstellung beruft und damit unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eine Auflösung oder wenigstens eine Änderung des geschlossenen Vertrages herbeizuführen versucht.

3.) Weitere Angriffe der Revision richten sich gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts. Die Revision meint mit dem Hinweis auf drei näher bezeichnete Fälle, daß das Berufungsgericht insoweit die Zeugenaussagen mißverstanden habe. Diese Angriffe liegen auf tatsächlichem Gebiet. Sie verfolgen lediglich das Ziel, an Stelle der vom Berufungsgericht für richtig gehaltenen Beweiswürdigung eine andere Würdigung des Beweisergebnisses herbeizuführen, ohne daß dabei die Revision einen für die Revisionsinstanz erheblichen Verfahrensverstöß anzuführen vermag.

III. Das Berufungsgericht stützt seine Ansicht, daß der Beklagte dem Kläger gegenüber schadensersatzpflichtig geworden sei, darauf, daß er mit der Erfüllung einer Hauptverpflichtung aus dem Vertrag in Verzug geraten sei. Dabei hat der Berufungsgericht in dieser Hinsicht im einzelnen - wiederum auf Grund tatsächlicher Erwägungen, die sich auf das Ergebnis der Beweisaufnahme stützen - dargelegt, daß der Beklagte nach dem Inhalt der getroffenen Vereinbarungen verpflichtet gewesen sei, gemeinsam mit dem Zeugen Q das Holz zum Gesundschneiden anzuzeichnen und danach mit ihm zusammen das Holz aufzumessen. Diese Verpflichtungen seien bei den hier gegebenen besonderen Verhältnissen Hauptverpflichtungen des Beklagten gewesen. Der Beklagte sei mit der Erbringung dieser Verpflichtungen in Verzug geraten, da er trotz entsprechender Aufforderungen das Holz nur zu einem Teil gemeinsam mit Q angezeichnet habe und zum gemeinsamen Aufmessen überhaupt nicht erschienen sei. Auf dieses Verhalten des Beklagten sei es zurückzuführen, daß ihm die Aufmaßliste erst am 20. August 1952 habe übersandt werden können. Diese Verzögerung habe des weiteren zur Folge gehabt, daß das Holz in der Zwischenzeit stockig geworden sei und daß der Kläger dann im September 1952 beim Verkauf nur einen sehr viel geringeren Preis habe erzielen können.

Die Revision wendet sich gegen diese Ausführungen mit dem Hinweis, daß für die Verpflichtung des Beklagten zur Abnahme des Holzes nicht auf die Aufmessungsarbeiten im Walde, sondern auf die Übersendung des Nummernbuches (Aufmaßliste) abzustellen sei, und daß sich der Beklagte bei einer entsprechenden Belehrung (§ 139 ZPO) insoweit auf das Gutachten eines Sachverständigen berufen haben würde. Auch mit diesen Ausführungen kann die Revision keinen Erfolg haben. Die Revision übersieht nämlich bei ihren Ausführungen, daß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Beklagte auch die Verpflichtung zum gemeinsamen Anzeichnen der Stämme (zum Zwecke des Gesundheitschneidens) und zum gemeinsamen Aufmessen hatte und daß der Beklagte mit der Erbringung dieser ihm obliegenden Leistungen in Schuldnerverzug geraten war. Bei dieser Sachlage ist es zutreffend, daß das Berufungsgericht für die Frage der Schadensersatzpflicht schon auf den Zeitpunkt vor der Übersendung der Aufmaßliste (20. August 1952) abgestellt hat. Die Ausführungen der Revision können nur für den Fall eines gewöhnlichen Holzkaufs von Bedeutung sein, nämlich nur für einen solchen Fall, in dem der Käufer keine eigenen Verpflichtungen bei der Aufbereitung des Holzes übernommen hat. Die Revision geht also von einem Fall aus, der hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gerade nicht gegeben ist. Es kann daher der Revision auch in diesem Punkt nicht gefolgt werden.

Die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts zur Höhe des eingetretenen Schadens werden von der Revision nicht angegriffen; diese Ausführungen lassen auch einen sachlichrechtlichen Fehler nicht erkennen. Demgemäß ist das Berufungsgericht mit Recht zu dem Ergebnis gelangt, daß der vom Kläger geltend gemachte Schadens-

ersatzanspruch begründet ist. Die Revision des Beklagten muß daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Canter

Dr. Delbrück

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Dr. Nörr