

Für das Nachschlagewerk
Nicht für die Amtliche Sammlung

2354 021

43

Gesetz: ZPO §§ 128 Abs 2, 251 a Abs 1 Satz 2

Rechtssatz: Das Einverständnis einer Partei mit einer schriftlichen Entscheidung kann die nach § 251 a Abs 1 Satz 2 ZPO für den Erlass eines Urteils erforderliche mündliche Verhandlung jedenfalls dann nicht ersetzen, wenn die Erklärung an eine Bedingung geknüpft ist (vgl BGH Z 48, 62 f).

Aktenzeichen: II ZR 14/54

Urteil des BGH vom 28. November 1955 OLG in Hamm

Verkündet

am 28. November 1955

Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Heinrich F. [REDACTED], Textilwaren-Grosshandlung
in F. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma [REDACTED] W. [REDACTED], Erste B. [REDACTED] Frottierweberei
in E. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 28. November 1955 unter Mitwirkung der Bundes-
richter Dr. Selowsky, Dr. Delbrück, Dr. Fischer, Artl und
Dr. Winkelmann für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 8. Zi-
vilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 7. Dezember
1953 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen.

43

- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien standen seit dem Jahre 1950 in Geschäfts-
verbindung. Mit Schreiben vom 15. März 1951 bestätigte die
Beklagte der Klägerin den ihr erteilten Auftrag auf Lieferung
von 100.000 Frottier-Handtüchern in verschiedenen Sorten
zu festen Preisen, jedoch abzüglich 20 % Großhandels-
rabatt. In der Zeit von September 1951 bis Januar 1952
erhielt die Klägerin etwa 61.000 Stück Frottier-Handtücher
geliefert. Die Klägerin beanstandete es, daß die Beklagte,
die auch den Kleinhandel beliefert, diesen Kunden zu hohe
Rabatte einräume. Mit Schreiben vom 22. Januar 1952 trat sie
vom Kaufvertrage zurück, weil die Beklagte die vor und nach
Vertragsschluss gemachte Zusage, Kleinhändlern grundsätz-
lich keinen Rabatt einzuräumen und nach Möglichkeit eine
Preisspanne von 20 % einzuhalten, verletzt habe. Die Be-
klagte stellte in ihrem Antwortschreiben vom 23. Januar 1952
jede Vereinbarung über die Einhaltung bestimmter Preisspan-
nen in Abrede und forderte die Klägerin zur weiteren Abnahme
der bestellten und zur Bezahlung der gelieferten Tücher auf.

Im Hinblick auf die nach ihrer Meinung unberechtigte
Weigerung der Beklagten, die ihr gelieferten Tücher zurück-
zunehmen, hat die Klägerin Ersatz des ihr durch den Rück-
nahmeverzug der Beklagten entstandenen Schadens verlangt und
beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie als Teilschaden
den Betrag von 1.927,09 DM nebst 10 1/2 % Zinsen seit
dem 8. Februar 1952 zu zahlen.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Sie
hat bestritten, der Klägerin eine Preisbindungszusage ge-
geben zu haben. Sie hält den Rücktritt der Klägerin vom
Kaufvertrage für unberechtigt und bestreitet den Klage-



anspruch nach Grund und Betrag.

Das Landgericht hat nach einer Beweisaufnahme die Klägerin mit der Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin die Klageforderung auf 6.100 DM erhöht. Die Berufung der Klägerin hatte jedoch keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt die Klägerin den erhöhten Klageanspruch weiter, während die Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Das angefochtene Urteil ist auf Antrag der Beklagten gemäß den §§ 542 Abs 1, 331 a ZPO nach Aktenlage ergangen, ohne daß zuvor in der Berufungsinstanz eine mündliche Verhandlung stattgefunden hatte (§ 251 a Abs 1 Satz 2 ZPO). Die Revision beanstandet dieses Verfahren mit Recht.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der im § 251 a ZPO verfolgte Gesetzeszweck einer Beschleunigung des Rechtsganges und einer größeren Verfahrensfreiheit des Gerichts lasse es zu, daß im Verfahren nach Aktenlage auch dann ein Urteil ergehe, wenn die Parteien in der Instanz zwar nicht mündlich verhandelt, aber sich mit schriftlicher Entscheidung einverstanden erklärt hätten. Es widerspreche dem Sinn des Gesetzes nicht, wenn ein Verfahren nach § 128 Abs 2 ZPO als prozessualer Vorgang auch hier einer mündlichen Verhandlung in einem früheren Termin gleichgestellt werde.

Die Ansichten darüber, ob das Einverständnis der Parteien mit schriftlicher Entscheidung nach § 128 Abs 2 ZPO die in § 251 a Abs 1 Satz 2 erforderte mündliche Verhandlung zu ersetzen vermag, sind geteilt. Die wohl

herrschende Meinung (Rosenberg 6. Aufl § 107 III 4 a aE (S 493); Sydow-Busch-Krantz 22. Aufl Anm 6; Baumbach-Lauterbach 22. Aufl Anm 3 F a zu § 251 a ZPO; RG JW 1930, 141 Nr 19; RGZ 132, 336) findet den Grundgedanken der Vorschrift darin, daß die im letzten Termin nicht auftretende Partei wenigstens einmal Gelegenheit gehabt haben müsse, ihren Rechtsstandpunkt mündlich darzulegen (RGZ 149, 159 = HRR 1936 Sp 291, das aber (§ 161) die Frage, ob man der mündlichen Verhandlung im Sinne des § 251 a das Einverständnis der Parteien mit schriftlicher Entscheidung gleichstellen könne, dahingestellt sein läßt). Demgegenüber wollen Stein-Jonas-Schönke (18. Aufl Anm III 4 a zu § 251 a ZPO) ohne nähere Begründung, aber unter Berufung auf die Ausführungen von de Boor (die Entscheidung nach Lage der Akten, 2. Heft der Beiträge zum Zivilprozeß 1924 S 28) und von Hodenberg (JW 1924, 366) den Antrag auf schriftliche Entscheidung "wie auch sonst" wie eine mündliche Verhandlung im Sinne des § 251 a behandelt wissen.

Welche dieser Ansichten richtig ist, braucht in diesem Rechtsstreit nicht entschieden zu werden. Auch wenn man der zuletzt erwähnten Meinung den Vorzug gäbe, könnte das Einverständnis der Parteien mit schriftlicher Entscheidung die im § 251 a Abs 1 Satz 2 erforderte mündliche Verhandlung nur dann ersetzen, wenn es ohne Einschränkungen erklärt ist und unzweideutig erkennen läßt, daß die Parteien den Prozeß nach Lage der Sache ohne mündlichen Sachvortrag auch im Sinne eines Endurteils für entscheidungsreif halten. Denn wenn die säumige Partei nach dem Willen des Gesetzgebers wenigstens einmal Gelegenheit gehabt haben soll, das Streitverhältnis in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung vorzutragen (Rosenberg aaO; RGZ 132, 336; 149, 159), so kann der mündlichen Verhandlung in diesem Sinne nur ein solches Einverständnis der Prozeßparteien mit schriftlicher Entscheidung gleichgestellt

werden, das dem Gericht den Erlaß jeder Entscheidung, also auch eines Urteils, ermöglicht (vgl. von Hodenberg JW 1924, 366). Ein derartiges Einverständnis liegt hier nicht vor. Ausweislich der Akten hat der Berichterstatter des Berufungsgerichts mit Verfügung vom 9. April 1953 bei den Prozeßbevollmächtigten der Parteien angefragt, ob sie mit einer Beweiserhebung durch Einholung einer Auskunft seitens der Industrie- und Handelskammer in H. über das Bestehen gewisser genau formulierter Handelsbräuche im Textilhandel im Wege schriftlicher Entscheidung (§ 128 Abs 2 ZPO) einverstanden seien. In ihren Antworten (Klägerin mit Schriftsätzen vom 14. und 22. April 1953, Beklagte in der Berufsbeantwortung vom 19. Mai 1953) haben die Parteien ihr Einverständnis mit der vom Gericht beabsichtigten Entscheidung nicht ausdrücklich erklärt. Die Klägerin hat gebeten, die Fragen mehr dem vorliegenden Sonderfall anzupassen, und hat eigene, von den gerichtlich formulierten abweichende Beweisfragen vorgeschlagen. Die Beklagte hat die beabsichtigte Auskunftseinholung für unerheblich erklärt, für den Fall aber, daß der Beweis dennoch durchgeführt werden sollte, ebenfalls bestimmte Wünsche mit Bezug auf die Stellung der Fragen und auf die zu befragende Industrie- und Handelskammer geäußert und der Formulierung der Beweisfragen, wie sie die Klägerin angeregt hatte, widersprochen. Das Berufungsgericht faßt den Erklärungsinhalt der Schriftsätze dahin auf, daß die Parteien sich mit dem Erlaß des Beweisbeschlusses vom 21. Mai 1953 im Wege schriftlicher Entscheidung einverstanden erklärt hätten. Die Revision dagegen sieht in diesen Ausführungen, namentlich in denen der Klägerin, kein wirksames Einverständnis mit einer Entscheidung nach § 128 Abs 2 ZPO, weil dieses weder ausdrücklich erklärt noch unzweideutig noch ohne Bedingungen abgegeben worden sei.

Selbst wenn die Auslegung des Berufungsgerichts vertretbar wäre, reichten die Erklärungen der Parteien, mindestens aber die der Klägerin zum Erlaß eines Endurteils im Wege schriftlicher Entscheidung nicht aus. Mit Bezug auf die vorangegangene Anfrage des Berichterstatters sind die Erklärungen der Klägerin allenfalls so zu verstehen, daß sie mit der vom Gericht beabsichtigten Einholung einer Auskunft über das Bestehen bestimmter Handelsbräuche ohne vorherige mündliche Verhandlung einverstanden war. Wäre sie um die Zustimmung zu einer schriftlichen Entscheidung schlechthin ersucht worden, so hätte sie eine solche, da es ihr entscheidend auf die Feststellung der von ihr behaupteten Handelsbräuche ankam, entweder abgelehnt oder ihr Einverständnis an die Bedingung geknüpft, daß der von ihr gewünschte Beweisbeschluß erging. Die Erklärungen der Klägerin in den Schriftsätzen vom 14. und 22. April 1953 können mithin nur so aufgefaßt werden, daß sie mit dem Vorschlage des Gerichts, einer schriftlichen Entscheidung zuzustimmen, nur unter der Bedingung einverstanden war, daß ein Beweisbeschluß, und zwar möglichst unter Berücksichtigung ihrer Abänderungsvorschläge erging. Eine Einverständniserklärung, die an eine Bedingung geknüpft ist, ist, wie der erkennende Senat erst kürzlich entschieden hat, unzulässig und kann nicht die Grundlage einer Entscheidung nach § 128 Abs 2 ZPO bilden (BGH Z 18, 62 f; RGZ 151, 193; Stein-Jonas-Schönke 18. Aufl IX 2; Baumbach-Lauterbach 22. Aufl Anm 5 B zu § 128 ZPO).

Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob das Einverständnis der Parteien mit dem vom Berufungsgericht beabsichtigten Beweisbeschluß durch den Erlass dieses Beschlusses verbraucht gewesen ist und schon deshalb die im § 251 a Abs 1 Satz 2 ZPO für den Erlass eines Urteils vorausgesetzte mündliche Verhandlung nicht ersetzen konnte; jedenfalls ist ein unter Bedingungen erklärtes Einverständnis nach § 128 Abs 2 ZPO keine Grundlage für eine

schriftliche Entscheidung und daher auch nicht für den Erlass eines Urteils nach Lage der Akten. Das angefochtene Urteil ist somit unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften ergangen. Der Klägerin ist dadurch, daß ihr in der Berufungsinstanz keine ausreichende Gelegenheit zum Sachvortrag gegeben worden ist, das rechtliche Gehör beeinträchtigt worden. Das angefochtene Urteil mußte daher, ohne daß in eine Prüfung des sachlichen Vorbringens der Revision eingetreten werden konnte, aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück verwiesen werden.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem Berufungsgericht zu überlassen, weil der endgültige Ausgang des Rechtsstreits noch ungewiß ist.

Dr. Selowsky

Dr. Delbrück

Dr. Fischer

Artl

Dr. Winkelmann