

028

28

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die amtliche Sammlung!

1. Gesetz: BGB § 133; ZPO § 549

Rechtssatz: Vereinbarungen individuellen atypischen Inhalts unterliegen einer Nachprüfung im Revisionsrechtszug nur insoweit, als gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind.

2. Gesetz: ZPO § 529

Rechtssatz: Ist für eine beklagte Partei bereits im ersten Rechtszug zweifelsfrei erkennbar, dass es für die Entscheidung des Rechtsstreits auf Tatsachen ankommen kann, für die der beklagten Partei Beweismittel zur Verfügung stehen, so kann das Berufungsgericht, auch wenn die beklagte Partei im ersten Rechtszug obsiegt, in der Unterlassung des Antritts von Beweisen durch diese Partei im ersten Rechtszug eine grobe Nachlässigkeit erblicken.

Aktenzeichen: IV ZR 145/53

Urteil des BGH vom 18. Februar 1954

OLG München

unbekannt

IV ZR 145/53

Verkündet
am 18. Februar 1954
Klett, Justizangest.
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Kaufleute Johann und Hans B [REDACTED], beide in
G [REDACTED], L [REDACTED] str. [REDACTED] - [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger, Berufungsbeklagten
und Revisionskläger,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Drahtpolsterwerk Albert Ü [REDACTED] GmbH
in E [REDACTED],
vertreten durch ihren Geschäftsführer, den Kaufmann Albert
Ü [REDACTED] in E [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 11. Februar 1954 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter Ascher, Johann-
sen, Dr. v. Werner und Wüstenberg

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das an Verkündungs-
Statt am 20./21. Mai 1953 zugestellte Urteil des 6.
Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München wird
auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin, die im Jahre 1948 zur Gewinnung von Zellwolle eine grössere Menge Holz benötigte, hat am 25. September 1948 mit der Firma B [REDACTED], die von den Beklagten betrieben wird, eine Vereinbarung getroffen, die von dieser Firma folgendermaßen bestätigt worden ist:

"1)

Die Fa. B [REDACTED] Garmisch kauft für Sie laufend faserholzbrauchbares Holz zur Zellstoffgewinnung auf, und liefert es an die von Ihnen zu benennenden Abnehmer.

2)

Die Fa. B [REDACTED] übernimmt für Sie in Einzelfällen den Einschlag solcher Hölzer und liefert das Holz ebenfalls an die von der Fa. U [REDACTED] zu benennenden Abnehmer.

3)

Die Fa. Johann B [REDACTED] handelt in beiden Fällen im eigenen Namen, aber für Rechnung der Fa. U [REDACTED].

4)

Im Falle des Einschlages übernimmt die Fa. U [REDACTED] die Finanzierung des Einschlages. Die Abrechnungen und Überwachung, sowie die Durchführung der Unterträge übernimmt die Fa. B [REDACTED], welche hierfür ein Entgelt von DM in Worten DM je abgelieferten rm erhält. Die jeweils in Frage kommenden Summen und Termine sowie der Modus wird in jedem Einzelfall gesondert vereinbart.

5)

Im Falle des Aufkaufes von Holz erhält die Fa. B [REDACTED] ein Akkreditiv eingeräumt, zu dessen Lasten die Auszahlung an die Lieferer des Holzes erfolgt. Herr B [REDACTED] erhält für diese Tätigkeit eine Vergütung von DM in Worten DM je angelieferten rm."

- 3 -



Auf Grund dieses Abkommens übernahm die Firma B [REDACTED] am selben Tage einen Einschlag im Forstamt in Fall über 5 200 rm Hartfaserholz und 1000 rm Buchenfaserholz, wobei nähere Vereinbarungen, insbesondere über die zu zahlenden Vergütungen getroffen wurden. Die Klägerin gab zur Durchführung der getroffenen Vereinbarungen der Firma B [REDACTED] grössere Vorschüsse.

Während dieser Einschlag noch lief, fand am 20. Mai 1949 zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin und dem Beklagten zu 2) eine Besprechung in Heidelberg statt. Bei dieser wurde folgende Vereinbarung getroffen:

"Für sämtliche Holzgeschäfte, die Herr B [REDACTED] für die Firma U [REDACTED] bisher getätigt hat, wird eine Pauschalvergütung von 50 000,-- DM gezahlt. Das heisst: Diese 50 000,-- DM werden von dem Guthaben, welches die Firma U [REDACTED] bei der Firma B [REDACTED] hat, abgerechnet. Mit dieser Pauschalvergütung sind sämtliche Ansprüche, die entstanden sind und entstehen werden, aus dem Faserholzgeschäft beiderseits abgegolten. Für das übrige Guthaben der Firma U [REDACTED] erhält die Fa. U [REDACTED] von der Firma B [REDACTED] einen Wechsel in Höhe von 35 000,-- DM. Für den dann noch verbleibenden Rest des Guthabens wird von der Firma B [REDACTED] an die Firma U [REDACTED] Buchenrundholz von 26 cm Ø an aufwärts, zum Grundpreis von 60 DM frei Waggon, oder Kanteln zum Preis von DM 140.-, frei Waggon verladen, geliefert. Sollte die Firma B [REDACTED] nicht in der Lage sein, dieses Holz zu liefern, so zahlt die Firma B [REDACTED] bis spätestens 1.3.1950 den Rest in bar zurück."

Die Klägerin übersandte der Firma B [REDACTED] am 27. Mai 1949 einen Kontoauszug, der ohne Abzug der vereinbarten 50 000,-- DM einen Saldo zugunsten der Klägerin in Höhe von 159 465,03 DM aufwies. Die Firma B [REDACTED] beanstandete mit Schreiben vom 30. Mai 1949 diesen Auszug und errechnete ihrerseits unter Abzug der vereinbarten 50 000,-- DM

ihre Schuld mit 76 062,23 DM. Hierbei teilte sie der Klägerin mit, dass sie, da dieser Betrag "noch im Holz stecke" und noch eine gute Weile brauche, bis dieses Holz bezahlt sei, nicht in der Lage wäre, die Angelegenheit schon jetzt zu erledigen. Sie bot ein 4-Monatsakzept über 36 062,23 DM an, damit das Konto nunmehr ein "rundes Darlehen" aufweisen würde, was auf die Dauer der Holzlieferungen als "Betriebskapital" dienen müsste. Die Klägerin erklärte sich in einem Schreiben vom 15. Juni 1949 mit der Berechnung der Firma B [REDACTED] bis auf einen Posten von 6 831,80 DM für die Lieferung von 214 Decken einverstanden und bat, den Saldo dementsprechend, also abzüglich des Akzeptes mit 46 831,80 DM anzuerkennen. Eine Antwort auf dieses Schreiben erhielt die Klägerin nicht. Das Akzept über 36 062,23 DM ist von der Firma B [REDACTED] eingelöst worden. Sonstige Zahlungen und auch die Lieferung von Holz, das die Klägerin aufgab, sind nicht erfolgt.

Die Klägerin hat daher Klage auf Zahlung eines Teilbetrages von 10 000,-- DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1. April 1950 erhoben. Während das Landgericht die Klage abgewiesen hat, ist ihr vom Berufungsgericht stattgegeben worden. Dieses hat gleichzeitig einen von den Beklagten im Berufungsrechtszuge im Wege der Widerklage geltend gemachten Anspruch auf Zahlung eines Betrages von 20 299,76 DM abgewiesen, den die Beklagten als ihr Guthaben aus der Abrechnung des Holzeinschlags "Fall" zu haben behaupten. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, begehren die Beklagten die Abweisung der Klage und eine Verurteilung der Klägerin entsprechend ihrer Widerklage.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat als Vereinbarung der Parteien festgestellt, dass im Verträge vom 25. September 1948 der Firma B [REDACTED] bei den von ihr für die Klägerin getätigten Holzgeschäften eine Vergütung für ihre eigene Tätigkeit und die Erstattung ihrer Auslagen zugesagt worden sei, dass aber entgegen der Ansicht der Beklagten durch das Abkommen vom 20. Mai 1949 in Heidelberg und den Erklärungen der Parteien in dem nachfolgenden, im Urteil näher bezeichneten Schriftwechsel die gesamten Ansprüche der Firma B [REDACTED] einschliesslich des Anspruchs auf Erstattung von Auslagen mit einem Betrag von 50 000,-- DM abgegolten sein sollten. Die von der Revision hiergegen erhobenen Rügen sind nicht begründet.

Bei den getroffenen Vereinbarungen handelt es sich um solche individuellen, atypischen Inhalts. Was daher mit ihnen erklärt ist, ist eine Frage, deren Beurteilung lediglich dem Tatrichter zusteht. Eine Nachprüfung in der Revisionsinstanz ist infolgedessen nur insoweit möglich, als gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind (vgl insbesondere OGH in NJW 1949 S 943 und die dort angeführte Rechtsprechung und Rechtslehre). Derartige Verstösse liegen bei der angefochtenen Entscheidung aber nicht vor. Eine Feststellung, wie sie das Berufungsgericht trifft, ist denkgesetzlich möglich und verstösst weder gegen Erfahrungssätze noch gesetzliche Auslegungsregeln. Im einzelnen ist zu den Rügen der Revision folgendes zu bemerken:

1. Die Behauptung der Beklagten, dass die Parteien von

vornherein mit einem Verlust aus dem Holzgeschäft gerechnet hätten, schliesst nicht aus, dass sie sich zur Abfindung sämtlicher Ansprüche der Firma B. auf die Zahlung eines festen Betrages von 50 000,-- DM hätten verständigen können. Dass dies sinnlos gewesen wäre, ergeben die Ausführungen der Beklagten nicht, zumal da nach dem von ihnen für den Einschlag im Forstamt F. behaupteten Zuschussbedarf von 25 500,-- DM noch immer ein grösserer Betrag als Vergütung für die Tätigkeit und die Auslagen der Beklagten übrig blieb. Die Feststellung eines Kalkulationsirrtums war daher möglich, ohne dass das Berufungsgericht sich, wie dies die Revision verlangt, mit den ursprünglichen Erwartungen der Parteien von dem Holzgeschäft auseinanderzusetzen musste. Entgegen der Auffassung der Revision bestand für das Berufungsgericht auch kein Anlass, die Beklagte gemäss § 139 ZPO darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit gegeben sei, einen Kalkulationsirrtum der Beklagten bei der Vereinbarung der 50 000,-- DM anzunehmen; denn diese Frage bildete ja den Gegenstand des Prozesses. Ausserdem würde die im Falle eines solchen Hinweises von der Revision unter Beweis gestellte Behauptung, dass die Holzpreise weiter gesunken wären, nicht gegen, sondern gerade für einen solchen Kalkulationsirrtum sprechen.

Dass eine Partei auch ein für sie wirtschaftlich ungünstiges Abkommen treffen kann, schliessen die Denkgesetze nicht aus. Es widerspricht dies auch nicht der Lebenserfahrung. Dass die Beklagten bei der Festlegung der Vergütung von 50 000,-- DM der Klägerin möglicherweise entgegengekommen sind, hat das Berufungsgericht nicht verkannt. Das Ausmass des Entgegenkommens ist rechtlich unerheblich.

2. Entgegen der Ansicht der Revision sind keine Tatsachen

dargetan, die bei der Auslegung der Vereinbarungen der Parteien durch das Berufungsgericht einen Verstoss gegen die Grundsätze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erkennen lassen. Das, was die Revision mit ihren Ausführungen erstrebt, ist nur eine andere, in der Revisionsinstanz nicht zulässige Würdigung der Erklärungen der Parteien.

3. Der Hinweis der Revision darauf, dass Verzichte nicht zu vermuten sind, ist an sich richtig, er geht aber hier ins Leere. Denn eine derartige Vermutung hat das Berufungsgericht nicht ausgesprochen, auch bildet sie nicht die Grundlage für die von ihm festgestellte Abänderung der Vereinbarung vom 25. September 1948.

4. Die Auslegung, die das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Vortrag der Beklagten dem Abkommen vom 25. September 1948 gibt, hindert nicht, dass dieses Abkommen durch spätere Vereinbarungen geändert werden konnte.

5. Die Frage, ob die Streitverkündung in den Prozessen Reindl und Kramer der Klägerin bekannt war und ob sie dies der Wahrheit zuwider bestritten hat, war für den Ausgang des Rechtsstreits nicht erheblich. Sie bedurfte daher keiner Würdigung durch das Berufungsgericht in den Urteilsgründen.

6. Die Annahme des Berufungsgerichts, dass der endgültige Saldo, nachdem die Vereinbarung in Heidelberg getroffen war, festgelegt wurde, ist denkgesetzlich möglich und lässt auch sonst keinen Rechtsverstoss erkennen.

7. Dass ein versteckter Einigungsmangel im Sinne von § 155 BGB (Dissens) bei dem Abkommen in Heidelberg nicht vorliegt, hat das Berufungsgericht rechtlich bedenkenfrei festgestellt.

Dass der Richter der ersten Instanz das Abkommen anders verstanden hat, nötigte das Berufungsgericht nicht, anzunehmen, dass die Parteien selbst, als sie das Abkommen schlossen, uneinig geblieben seien, ohne dass sie sich dessen bewusst geworden seien. Der Rechtsbegriff des Dissenses ist vom Berufungsgericht nicht verkannt.

8. Der Schluss, den das Berufungsgericht aus dem Schreiben vom 30. Mai 1949 zieht, ist möglich und verstösst nicht gegen die Gesetze der Logik. Die Einwendungen der Revision hierzu sind in Wirklichkeit gleichfalls nur auf eine andere, in der Revisionsinstanz nicht zulässige Würdigung gerichtet. Dasselbe gilt von der Frage, ob die Beklagten auch schon vor dem 20. Mai 1949 als Eigenhändler aufgetreten sind und ob der Berufungsrichter aus dem Schreiben vom 17. Oktober 1949 grundsätzlich auf die Übernahme der Unkosten durch die Beklagten schliessen konnte. Die Schlussfolgerungen, die der Berufungsrichter aus diesem Schreiben gezogen hat, enthalten keinen Rechtsverstoss.

9. Unberechtigt sind auch die Rügen der Revision, dass die erst unmittelbar vor Abschluss des Berufungsverfahrens benannten Zeugen nicht vernommen worden sind.

Das Berufungsgericht hat, soweit es sich nicht um die Ehefrau des Beklagten zu 2 handelt, die in ihr äusseren gestellten Tatsachen als wahr unterstellt. Hierbei hat es entgegen der Auffassung der Revision nicht übersehen, dass der Beklagte zu 2 nach seiner Rückkehr aus Heidelberg dem Zeugen M. [REDACTED] erzählt haben soll, er habe die Klägerin gegen eine Pauschalvergütung von 50 000,-- DM von der Provisionszahlung entbunden, der Einschlag "F. [REDACTED]" werde aber nach wie vor auf Rechnung der Klägerin weitergeführt. Das Berufungsgericht war aber nicht gehindert,

trotz Unterstellung einer derartigen Aussage das Gesamtverhalten der Beklagten gegenüber der Klägerin im Hinblick darauf, dass M. bei der Besprechung in Heidelberg nicht zugegen war, im Sinne der Behauptungen der Klägerin zu würdigen. Gegenüber dem Verhalten der Beklagten, wie es sich vor allem aus dem Schriftwechsel nach dem 20. Mai 1949 ergibt, konnte das Berufungsgericht auch die von ihm gleichfalls als wahr unterstellte Kontenführung der Firma B. als unerheblich ansehen, und es konnte aus dem Gesamtverhalten der Beklagten den Schluss ziehen, dass weder ein Dissens noch ein Irrtum in den von ihnen der Klägerin gegenüber abgegebenen Erklärungen lag.

10. Das Berufungsgericht hat auch § 529 Abs 2 ZPO nicht verletzt. Zwar wird es im allgemeinen einer Partei, die im ersten Rechtszug obgesiegt hat, nicht als grobe Nachlässigkeit anzurechnen sein, wenn sie ihr mögliche Beweise in diesem Rechtszug nicht angetreten hat. Wie jedoch bereits das Reichsgericht in seiner Entscheidung JW 39, 770 f ausgesprochen hat, gilt dies nicht unbedingt. Eine Ausnahme kann insbesondere sich dann ergeben, wenn es bereits im ersten Rechtszug für die beklagte Partei zweifelsfrei erkennbar gewesen ist, dass es für die Entscheidung des Rechtsstreits auf die Tatsachen ankommen kann, für die der beklagten Partei Beweismittel zur Verfügung stehen.

Im vorliegenden Fall war schon im ersten Rechtszug streitig, welche Vereinbarungen die Parteien in Heidelberg getroffen hatten. Das Landgericht hatte daher eine Beweiserhebung hinsichtlich der Behauptungen der Klägerin über den Inhalt des Heidelberger Abkommens durch Vernehmung der Frau Staiger angeordnet. Wenn daraufhin die Beklagten im ersten Rechtszug nicht die Ehefrau des Beklagten zu 2, die gleichfalls bei den Verhandlungen in Heidelberg zugegen

gewesen war, als Zeugin für die Unrichtigkeit der Behauptungen der Klägerin benannten, so konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoss der freien Überzeugung sein, dass ihre Nichtbenennung als grobe Nachlässigkeit den Beklagten anzurechnen war. Es trifft auch nicht zu, wie dies die Revision meint, dass die Zeugin St. [REDACTED] bei ihrer Vernehmung im zweiten Rechtszug von ihren Aussagen im ersten Rechtszug abweichende Bekundungen gemacht hat, die nunmehr erst den Beklagten Anlass hätten geben können, ihrerseits Beweise anzutreten.

11. Schliesslich ist auch die Rüge, dass § 391 ZPO verletzt sei, nicht begründet. Nach dieser Bestimmung steht die Beeidigung eines Zeugen im freien Ermessen des Prozeßgerichts. Dieses Ermessen kann daher im Revisionsrechtszuge nur insoweit nachgeprüft werden, als das Berufungsgericht die Möglichkeit einer Beeidigung übersehen oder sie missbräuchlich unterlassen hat (vgl OGHZ 1, 227). Zu einer derartigen Annahme besteht aber auch in Anbetracht des Umstandes, dass die Parteien bei der Vernehmung vor dem Einzelrichter sich zur Frage der Beeidigung der Zeugin St. [REDACTED] geäußert hatten, kein Anlass. Einer besonderen Begründung, weshalb das Gericht einen Zeugen nicht beeidet, bedarf es grundsätzlich nicht.

Die Revision musste daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Schmidt	Bundesrichter Ascher ist erkrankt, Bundes- richter Johannsen ist beurlaubt. Beide sind verhindert, das Urteil zu unterschreiben.	v. Werner	Müstenberg
---------	---	-----------	------------

Schmidt