

26

I ZP 57/50

Verkündet am 26. Januar 1951

gez. [REDACTED]

Justizsekretär

Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes:

In dem Rechtsstreit

1. Der offenen Handelsgesellschaft Ernst H [REDACTED]
in Ha [REDACTED],
2. deren persönlich haftender Gesellschafter
Ernst H [REDACTED],
Gerhard H [REDACTED]
beide in Ha [REDACTED]

Beklagten und Revisionskläger,

-- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED]

g e g e n

die Hansestadt Ha [REDACTED] vertreten durch die Behörde für
Wirtschaft und Verkehr in Ha [REDACTED] M [REDACTED] str. [REDACTED],
Klägerin und Revisionsbeklagte,

-- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED]

hat der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe
auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 1951
unter Mitwirkung der Bundesrichter Prof. Dr. Lindermaier,
Dr. Heidenhain, Dr. Birnbach, Wilde und Schmidt
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des
Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom

22. November 1949 wird zurückgewiesen. Die Kosten der Revision tragen die Beklagten.

Von Rechts wegen.

T a t b e s t a n d .

Am 1. April 1947 verpflichteten sich die Beklagten der Holzfirma C.A. P. und Co gegenüber zur Lieferung eines Postens Schwellenholz, das die Firma P. an die Klägerin für ihre Forfaktion weiter zu liefern hatte. Den Verhandlungen wohnte ein Vertreter des Brennholzbüros der Klägerin bei, der den Beklagten zusagte, ihnen für diese Lieferung ausreichende Holzmenegen gegen Bezahlung zur Verfügung zu stellen. Die Beklagten bestätigten dieses Abkommen der Firma P. mit Schreiben vom 2. April 1947 und sandten eine Abschrift des Schreibens an das Brennholzbüro der Klägerin. Da die letztgenannte Dienststelle der Klägerin die zugesagte Menge nicht schnell genug liefern konnte, bevorschussten die Beklagten die Lieferungen an P. aus ihren Beständen.

Die Klägerin hat zunächst mit der Klage Zahlung des restlichen Kaufpreises des an die Beklagten gelieferten Holzes in Höhe von 24 457,95 RM verlangt. Im Laufe des Rechtsstreits hat die Klägerin die Klageforderung ermässigt auf 3 676,74 RM. Die Beklagten haben diesen Anspruch, umgestellt auf 367.60 DM anerkannt und sind antragsgemäss zur Zahlung verurteilt worden.

Die Beklagten hatten Widerklage erhoben mit dem Antrage: Zug um Zug gegen Zahlung des Klageanspruches die Klägerin zur Lieferung von 521,290 fm Rundholz in langen Längen (Nadelschnittholz) auf der preis-

26

.. 5 -

lichen Grundlage der Nadel schnittholzpreisverordnung zu verurteilen.

Sie behaupteten, die Klägerin habe ausser den Bevorschussungen an P. weitere 521,290 fm Rundholz von ihnen für ihre Torfaktion erhalten und die Rücklieferung entsprechender Mengen in natura übernommen. Dieser Verpflichtung sei die Klägerin nicht nachgekommen. Sie, die Beklagten, hätten das Lieferungsmanco nach Aufhebung der Nadel schnittholzpreisverordnung zu Handelspreisen einkaufen müssen, den Nachteil des Wegfalls der damals gültigen Stoppreise müsse die Klägerin tragen.

Die Klägerin hat Abweisung der Widerklage beantragt. Sie bestreitet, weitere Verpflichtungen als die am 1. April 1947 vereinbarten übernommen zu haben. Diese habe sie erfüllt. Im übrigen habe sie nur mit der Firma P. in Vertragsbeziehungen gestanden.

Demgegenüber haben die Beklagten behauptet, dass sie seit dem 5. Juli 1947 in direkte Vertragsbeziehungen zur Klägerin unter Ausscheiden der Firma P. getreten seien.

Das Landgericht hat die Widerklage abgewiesen, weil nicht bewiesen sei, dass die Beklagten an Stelle der Firma P. in ein direktes Vertragsverhältnis zur Klägerin getreten sei oder dass diese den Beklagten ein Garantieverprechen gegeben habe.

Die Berufung der Beklagten, mit der sie den Widerklageantrag und zwei Hilfsanträge verfolgte:

- 4 -

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



- 1) die Klägerin zur Lieferung von 521,290 fm Rundholz auf der preislichen Grundlage der Nadel-schnittholzpreisVO zu verurteilen.
- 2) eventuell die Klägerin zur Zahlung von 13 000.-DM an die Beklagte zu verurteilen,

wurde zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht stellt zwar fest, dass die Klägerin sich zum Naturalersatz des für die Schwellenlieferung benötigten Holzes den Beklagten gegenüber direkt verpflichtet habe, vermisst aber den Beweis für die von der Beklagten behaupteten Mehrlieferungen, sowie ferner für die Behauptung, dass sich die Klägerin zur weiteren Erstattung von Holz in langen Längen verpflichtet habe, denen die erfolgten Belieferungen nicht entsprachen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie die in der Berufungsinstanz gestellten Widerklageanträge weiterverfolgen.

Die Klägerin beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das angefochtene Urteil beruht ausschliesslich auf der tatsächlichen Erwägung, dass die Beklagte zwar das Bestehen unmittelbarer Vertragsbindung zwischen ihr und der Klägerin, nicht aber die weitere Tatsache beweisen können, dass sie mehr aus ihren Holzbeständen an die Lieferantin der Klägerin P. [REDACTED] geliefert habe, als die Klägerin ihr erstattet habe. Nach der Beweisaufnahme - dahin gehen die weiteren Ausführungen des angefochtenen Urteils - habe sie weniger an die Firma P. [REDACTED] geliefert, als sie von der Klägerin erhalten habe. Dieses Ergebnis

hätte allerdings unter Umständen durch die Anwendung eines anderen Umrechnungsverhältnisses zwischen Raum- und Festmetern zu Gunsten der Beklagten geändert werden können, es sei aber erwiesen, dass die tatsächlich vorgenommene Umrechnung den grundlegenden Abmachungen vom April 1947 entsprochen habe. Ein nach Schluss der mündlichen Verhandlung von der Beklagten behaupteter Vorbehalt einer anderen Umrechnung sei verspätet und wegen nachlässiger Prozessführung der Beklagten nicht mehr berücksichtigt worden. Schliesslich sei nicht erwiesen, dass die Klägerin sich nachträglich verpflichtet habe, an die Beklagte über die zunächst zugesagten und gelieferten Mengen hinaus weiteres Holz in langen Längen zu liefern.

Die Versuche der Revision, diese tatsächlichen Erwägungen mit einer Reihe von verfahrensrechtlichen Tügen zu erschüttern, gehen fehl. Das Berufungsgericht hat im zweiten Rechtszuge die Vernehmung der Zeugen Reimers und Bollert wiederholt. Dafür, dass es sich dabei nicht um eine prozessordnungsmässige Vernehmung, sondern nur um eine unverbindliche Erörterung des Sachverhalts handelt, wie dies die Beklagten aus der Fassung des Protokolls vom 8.11.1949 (Bl 149 d A) schliessen wollen, ergibt sich schon deshalb kein ausreichender Anhaltspunkt, weil das Berufungsgericht die Vernehmung im Tatbestande ausdrücklich festgestellt hat. Es ist richtig, dass diese wiederholten Vernehmungen der Zeugen Reimers und Bollert nicht protokolliert worden sind. Das war nach § 161 ZPO auch nicht erforderlich, weil die Vernehmung der Zeugen vor dem Pro-

zessgericht erfolgte und gegen das zu erwartende Urteil nicht die Berufung, sondern nur die Revision zulässig war. Allerdings muss in diesem Falle der Inhalt der zweitinstanzlichen Vernehmung nach der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts wenigstens im Urteil wiedergegeben werden, wobei eine Wiedergabe in den Entscheidungsgründen genügt (vgl. RGZ 145, 392, RGZ 151, 250, OGHZ 2.252). Dieser Auffassung schliesst sich auch der erkennende Senat an in der Erwägung, dass nur auf diesem Wege eine zuverlässige Grundlage für die Nachprüfung des Revisionsgerichts geschaffen werden kann. Das Berufungsgericht ist diesem Erfordernis nachgekommen, indem es den Inhalt der Zeugenaussagen, soweit sie nicht in den Zeugenvernehmungen des ersten Rechtszuges protokolliert waren, teils im Tatbestand, teils in den Entscheidungsgründen wiedergibt. Es sind dies zwar jeweils nur ganz kurze Sätze. Es spricht aber nichts dafür, dass die Zeugen vor dem Berufungsgericht mehr an abweichenden oder ergänzenden Bekundungen gemacht haben. Wenn die Beklagte das hätte behaupten wollen, so hätte ihr der Weg der Tatbestandsberechtigung nach § 520 ZPO offen gestanden. Diesen hat sie nicht fristgemäss beschritten, und sie behauptet auch jetzt nicht, dass die beiden Zeugen mehr als die wiedergegebenen Sätze über ihre protokollierten Aussagen hinaus bekundet hätten. Das Verfahren des Berufungsgerichts ist deshalb in diesem Punkte nicht zu beanstanden.

Ebensowenig stichhaltig ist die Verteidigung der Beklagten gegen den Vorwurf der nachlässigen Prozess-

führung und die deshalb vom Berufungsgericht für angebracht gehaltene Ausschlössung mit der verspäteten Behauptung eines Vorbehalts hinsichtlich des endgültigen Abrechnungssatzes. Die Beklagte konnte nicht damit rechnen, dass dieses Vorbringen erst in dem Verfahren über die Höhe des Anspruchs von Bedeutung sein würde, denn einmal hatte das Gericht der Anregung der Beschränkung der Verhandlung und Vorabentscheidung über den Grund des Widerklageanspruches nicht stattgegeben. Sodann aber gehörte diese Behauptung, wie die Beklagten auch nicht verkennen, bereits zur Begründung der Widerklage und sie konnten sich deshalb nicht darauf beschränken, in der letzten mündlichen Verhandlung den von der Klägerin angewandten Abrechnungssatz einfach zu bestreiten, sondern sie hätten von sich aus positive Behauptungen bringen und unter Beweis stellen müssen, dass ihnen ein anderer Satz zugestanden worden und darum die ihnen zustehenden Lieferungen noch nicht erfüllt seien.

Das Berufungsgericht hat den Ausschluss der Beklagten mit diesem neuen Vorbringen mit verschuldeter Verschleppung begründet, ohne gesetzliche Bestimmungen anzuführen, auf denen die Begründung beruht. Hierzu hatte das Berufungsgericht aber keine Veranlassung, denn das neue Vorbringen der Beklagten ist gar nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen, sondern in einem nach Schluss der Verhandlung eingegangenen Schriftsatz enthalten, über dessen Verwertung im Wege der schriftlichen Entscheidung keinerlei Vereinbarung getroffen worden war.

Das Berufungsgericht durfte dieses nachträgliche Vorbringen also gar nicht verwerten und es hätte eines Ausschlusses nicht bedurft. Die diesbezügliche Begründung des Berufungsgerichts kann nur als Rechtfertigung dafür aufgefasst werden, warum es nicht mit Rücksicht auf diesen nachträglich eingegangenen Schriftsatz von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, vor Verkündung des Urteils nochmals in die mündliche Verhandlung einzutreten und so die Berücksichtigung des Schriftsatzes zu ermöglichen.

Die Rüge der Verkennung der Beweislast ist nicht begründet. Das Berufungsgericht zieht den Beweis des Ersatzes des "vorgeschossenen" Holzes als geführt an. Wenn die Beklagten diese Ersatzlieferungen ungeachtet ihrer Annahme nicht als ordnungsmässige Erfüllung ihres Anspruches ansehen wollten, so wäre es an ihnen gewesen, nachzuweisen, dass die Klägerin nicht vertragsmässig erfüllt habe.

Schliesslich ist auch der Vorwurf, das Berufungsgericht habe den Briefwechsel nicht vollständig gewürdigt, unbegründet. Die Beweismwürdigung erstreckt sich auf den ganzen in Frage kommenden Briefwechsel. Das Berufungsgericht stellt dabei fest, dass beide Parteien es bei der Abfassung ihrer Schreiben an einer folgerichtigen Präzisierung ihres Standpunktes hätten fehlen lassen. Wenn es dazu bemerkt, dass dieser Vorwurf mehr die Beklagten als die Klägerin treffe, so mag diese Bemerkung unzutreffend sein, weil an die Klägerin dieselben Anforderungen an Genauigkeit des Ausdrucks gestellt werden müssen, wie an die Beklagten. Die Bemerkung ist aber nicht entscheidend für die Beweismwürdigung des Berufungsgerichts, dass ein positiver Nachweis der Behauptungen der Beklagten wegen des auf beiden Seiten nicht eindeutigen Verhaltens aus dem Briefwechsel nicht entnommen werden könne. Entschei-

dend ist nur die Frage der Beweislast, die, wie bereits ausgeführt, allein den Beklagten obliegt.

Nach alledem war die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

gez. Lindenmaier gez. Heidenhain gez. Dr. Birnbach

gez. Wilde gez. Schmidt