

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 106/64

URTEIL

Verkündet am

12. Mai 1965

Wüst,

Just.Hauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Jakob G [REDACTED], F [REDACTED],
F [REDACTED] L [REDACTED]straße Nr. [REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

den Kaufmann Kalmann F [REDACTED], B [REDACTED]-C [REDACTED]
K [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-.

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Mai 1965 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Jungbluth, Pehle, Dr. Sprengmann und Alff

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 14. Juli 1964 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt mit der Klage Rückzahlung einer Kaufpreisanzahlung in Höhe von DM 7 500,-- nebst Zinsen. Nach seiner Behauptung ist der mit dem Beklagten vorgesehene Kaufvertrag über die in K., H. Nr. , unter der Bezeichnung "S. - B. am Ring" betriebene "automatische Schnellbesohlung" nicht zustande gekommen, weil der Beklagte abredewidrig die Einsicht in seine Geschäftsbücher verweigert habe und der garantierte Monatsertrag von netto DM 4.500,-- nicht den Tatsachen entspreche, auch die Wertzusicherungen des Beklagten hinsichtlich der Ladeneinrichtung unrichtig gewesen seien. In dem zwischen den Parteien geschlossenen "Vorverkaufsvertrag" vom 14. Juni 1962 heißt es insoweit:

- 3 -

"... Die automatische Schnellbesohlung, K [REDACTED],
H [REDACTED] mit sämtlichem Inventar,
wie besichtigt ..., wird zu einem Kaufpreis
von DM 52.500,-- zum Verkauf angeboten.

Die Anzahlung soll bei Abschluß dieses Vorver-
trages an Herrn G [REDACTED] in Höhe von DM 7.500,--
erfolgen. Bis zur Übernahme haben die Käufer
das Recht einer täglichen Einsicht für die ange-
gebenen Einnahmen des Geschäfts.

Herr G [REDACTED] versichert eine monatliche Netto-
einnahme in Höhe von DM 4.500,--. Sollten diese
Angaben sich als unwahr erweisen, steht den Käu-
fern das Recht zu, den Vorvertrag rückgängig zu
machen und die Anzahlung sofort zurückzuverlangen.
Die Übernahme erfolgt am 1.7.62 ..."

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat die Behauptungen des Klägers bestritten und hilfsweise
mit einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aufge-
rechnet, den er daraus herleitet, daß er infolge des Verhal-
tens des Klägers und dessen Vertragsteilnehmern das Geschäft
anderweitig erheblich billiger und unter Wert habe verkaufen
müssen..

Das Landgericht hat zunächst darüber Beweis erhoben,
ob der Beklagte dem Kläger und dessen Vertragsteilnehmern die
Bucheinsicht verweigert habe, die Beweisaufnahme dann aber
abgebrochen und auf Antrag beider Parteien beschlossen, über
die Höhe der Nettocinnahmen aus dem Besohlungsgeschäft für
die Zeit vom 1. September 1961 bis zum 1. Juli 1962 durch
Einholung eines Sachverständigengutachtens Beweis zu erheben;
das Landgericht hat in diesem Beschluß dem Beklagten aufgege-
ben, dem Sachverständigen sämtliche erforderlichen Belege,
Buchunterlagen und Bücher zur Verfügung zu stellen. Der Sach-
verständige hat diese Unterlagen nicht erhalten und die Akten
deshalb unerledigt zurückgereicht.



Das Landgericht (Kammer für Handelssachen) hat alsdann durch den Vorsitzenden als Einzelrichter der Klage stattgegeben; es hat in entsprechender Anwendung des § 444 ZPO die Behauptungen des Klägers als bewiesen erachtet. Die vom Beklagten in einem nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz vom 3. Februar 1964 beantragte Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung hat das Landgericht abgelehnt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Beklagte entsprechend seinem Antrag in den Vorinstanzen die Abweisung der Klage; der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht erachtet in Übereinstimmung mit dem Landgericht den Anspruch des Klägers auf Rückzahlung der Anzahlung von DM 7.500,-- aus dem Vorverkaufsvertrag vom 16. Juni 1962 für begründet, weil die Behauptung des Klägers, daß der garantierte Netto-Ertrag von monatlich DM 4.500,-- nicht erzielt worden sei, nach dem Grundgedanken des § 444 ZPO als bewiesen anzusehen sei. Aus diesem Grund stehe dem Beklagten gegen den Kläger auch kein Anspruch wegen des verweigerten Abschlusses und Vollzuges des Vertrages zu, mit dem er aufrechnen könne.

II. Die von der Revision erhobenen prozeßrechtlichen Rügen sind nicht begründet.

1.) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsverstoß angenommen, daß der Vorsitzende der Kammer für Handelssachen des

Landgerichts berechtigt gewesen sei, die Entscheidung des Landgerichts als Einzelrichter zu erlassen. Es bedarf keiner Entscheidung, ob, wie das Berufungsgericht annimmt, das in dem Termin zur mündlichen Verhandlung vom 4. Oktober 1963 von den Parteien ausdrücklich erklärte Einverständnis den Einzelrichter auch zu der Endentscheidung ermächtigt hat, oder ob, wie die Revision meint, das Einverständnis jeweils nur für die nächste Entscheidung des Einzelrichters gilt und daher mit dem Erlass des Beweisbeschlusses verbraucht war. Denn die Parteien haben im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 24. Januar 1964 vor dem Einzelrichter mit ihren früheren Anträgen zur Sache verhandelt und damit zu erkennen gegeben, daß es bei dem ausdrücklich erteilten Einverständnis zur Entscheidung durch den Vorsitzenden der Kammer für Handelssachen als Einzelrichter bleiben solle.

2.) Das Berufungsgericht hat weiterhin rechtsirrtumsfrei gebilligt, daß das Landgericht die mündliche Verhandlung auf Grund des nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung eingegangenen, nicht vorbehaltenen Schriftsatzes des Beklagten vom 3. Februar 1964 (GA 67) nicht wieder eröffnet hat.

Das Reichsgericht und ihm folgend der Bundesgerichtshof (BGHZ 30, 60, 65 mit Anmerkung von Johannsen in LM ZPO § 156 Nr. 1) haben in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß das Gericht nur dann verpflichtet ist, die geschlossene mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen, wenn sich aus dem neuen Vorbringen ergibt, daß die bisherige Verhandlung lückenhaft und die Ausübung des Fragerechts geboten war; in den übrigen Fällen ist die Wiedereröffnung dem Ermessen des Gerichts vorbehalten. Ein solcher Fall, der das Gericht ausnahmsweise zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung verpflichtet hätte, liegt hier nicht vor; denn der Schriftsatz des Beklagten vom

3. Februar 1964 enthält nur Ausführungen, warum der Beklagte die vom Gericht in dem Beweisbeschluß vom 4. Oktober 1963 aufgeführten Unterlagen bis zu dem Zeitpunkt dieses Schriftsatzes dem Sachverständigen nicht zur Verfügung gestellt habe. Es ergibt sich daraus nicht, daß die bisherige Verhandlung lückenhaft war oder daß das Gericht ein etwa gebotenes Fragerecht nicht ausgeübt hatte. Wie das Berufungsgericht feststellt, ist der Beklagte vielmehr vom Sachverständigen und vom Gericht mehrfach zur Erfüllung der Auflage aufgefordert worden; er ist der Auflage nicht nachgekommen und hat auch im letzten Termin zur mündlichen Verhandlung vom 24. Januar 1964 weder die Unterlagen vorgelegt noch eine erschöpfende Begründung für sein Unterlassen gegeben. Damit sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, daß das Gericht etwa sein Ermessen mißbraucht hätte.

3.) Dem Berufungsgericht ist entgegen der Ansicht der Revision auch zu folgen, wenn es annimmt, das Landgericht habe zutreffend den in § 444 ZPO liegenden allgemeinen Rechtsgedanken angewendet, und deshalb die Behauptung des Klägers, der garantierte Netto-Ertrag von monatlich DM 4.500,-- sei nicht erzielt worden, als bewiesen erachtet. In tatsächlicher Hinsicht hat das Berufungsgericht dazu im einzelnen festgestellt: Im Beweisbeschluß vom 4. Oktober 1963 sei dem Beklagten die Vorlage der Prüfunterlagen an den Sachverständigen aufgegeben worden. Da der Beklagte selbst den Beweis mit angetreten habe, habe er von vornherein mit dieser Auflage rechnen müssen. Der Beweisbeschluß sei mit der Auflage am 16. Oktober 1963 abgegangen; am 25. Oktober 1963 hätten die Prozeßbevollmächtigten des Beklagten den Eingang bestätigt. Nach dem Bericht des Sachverständigen R [REDACTED], datiert vom 21. Dezember 1963, habe dieser, nachdem er die Gerichtsakten am 11. November 1963 erhalten habe, die Prozeßbevollmächtigten des Beklagten mit

Schreiben vom 13. November 1963 um die Prüfunterlagen gebeten. Er habe weder die Unterlagen noch eine Antwort erhalten. Am 10. Dezember 1963 habe er erinnert und auch hierauf keine Antwort bekommen. Auf den bereits erwähnten Bericht des Sachverständigen an das Gericht habe der Vorsitzende der Kammer für Handelssachen die Prozeßbevollmächtigten des Beklagten unter dem 23. Dezember 1963 zur Vorlage der Prüfunterlagen beim Sachverständigen aufgefordert, auf dessen vergebliche Anforderung und Erinnerung hingewiesen und ausdrücklich auf die möglichen prozessualen Folgen aufmerksam gemacht. Dieses Schreiben sei am 31. Dezember 1963 zugestellt worden. Dies sei durch die Feiertage bedingt gewesen. Wenn nun der Prozeßbevollmächtigte des Klägers mit seinem am 4. Januar 1964 eingegangenen Schriftsatz vom 2. Januar 1964 sofortige Terminierung begehrt habe, weil der Beklagte die Durchführung des Beweisbeschlusses boykottiere, und das Gericht daraufhin am 6. Januar 1964 auf den 24. Januar Termin anberaumt habe, so sei das eine doppelte und nachhaltige Warnung an den Beklagten gewesen; bis zum Termin vom 24. Januar 1964 habe der Beklagte noch genügend Zeit gehabt, um dem Sachverständigen die Unterlagen zu übergeben. Es sei aber noch immer nichts geschehen. Im Termin vom 24. Januar 1964 habe der Beklagte um Vertagung gebeten, "weil die Akten durch Versehen nicht zum Gutachter gelangt seien". Einer Vertagung habe der Kläger widersprochen; die Sache sei zur Verkündung einer Entscheidung auf den 7. Februar 1964 vertagt worden. Drei Tage vor diesem Termin seien dann die Unterlagen bei der Geschäftsstelle eingegangen mit einem Antrag auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Aus diesem Sachverhalt schließt das Berufungsgericht, daß der Beklagte auch persönlich nicht von erheblicher Fahrlässigkeit frei sei. Spätestens bei Erhalt der gerichtlichen Mahnung hätte er selbst nach dem Rechten, nämlich der unterlassenen

Vorlage der Prüfunterlagen sehen müssen, dies hätten ihm seine eigenen Interessen vorgeschrieben. Dazu seien bloße Telefonate nicht ausreichend gewesen, weil die Aufeinanderfolge von drei Mahnungen gezeigt habe, daß nichts geschehen sei.

Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht die Folgerung des Landgerichts gebilligt, der Beklagte habe die angeordnete Beweiserhebung schuldhaft vereitelt und müsse daher die Behauptung des Klägers als erwiesen gegen sich gelten lassen.

Schon das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, § 444 ZPO enthalte nichts weiteres als einen gesetzlich besonders geregelten Fall zulässiger freier Beweiswürdigung, insbesondere eine Anwendung des anerkannten Grundsatzes, daß, wenn eine Partei dem Gegner die diesem obliegende Beweisführung schuldhaft unmöglich mache, ihr gegenüber die zu beweisende Behauptung des Gegners regelmäßig als wahr anzunehmen sei (RGZ 60, 147, 152; RGZ 101, 197, 198).

Gegen die Auffassung der Revision ist der Kläger auch beweispflichtig für die Höhe des Nettoertrages, weil er seinen Anspruch auf den Ausfall dieser vertraglichen Voraussetzung stützt.

4.) Das Berufungsgericht hat schließlich den in der Berufungsinstanz vom Beklagten unter Vorlage der Bücher wiederholten Beweisantritt über die Höhe des Nettoertrages aus rechtlich nicht zu beanstandenden Gründen nicht zugelassen.

a) Dazu führt das Berufungsgericht aus, die im Schriftsatz vom 4. Februar 1964 gegebene Entschuldigung, der Steuerbevollmächtigte des Beklagten W. T. [REDACTED] aus K. [REDACTED] M. [REDACTED]

habe das Büro des Sachverständigen mehrfach wegen der Übergabe der Prüfunterlagen angerufen, ihm sei aber "immer wieder" erklärt worden, daß er eine Benachrichtigung des Sachverständigen abwarten solle, mit Rücksicht darauf habe Tasche mit den Unterlagen zurückgehalten, sei angesichts des Berichts des Sachverständigen vom 21. Dezember 1963 und der energischen Abmahnung durch den Vorsitzenden der Kammer für Handelssachen vom 23. Dezember 1963 nicht schlüssig. In seiner Berufungsbegründung habe der Beklagte bestätigt, daß er alle drei Erinnerungen (zwei vom Sachverständigen und eine vom Gericht) auch von seinen Prozeßbevollmächtigten unverzüglich erhalten habe, und vorgetragen, die Erinnerungen unverzüglich an seinen Steuerbevollmächtigten weitergegeben zu haben. Die im Schriftsatz vom 3. Februar 1964 gegebene Entschuldigung stimme daher nicht mit dem Sachverhalt überein. Der Beklagte sei - abgesehen von dem Verschulden seiner Hilfspersonen - auch persönlich nicht von erheblicher Fahrlässigkeit frei. Spätestens bei Erhalt der gerichtlichen Mahnung hätte er selbst nach dem Rechten, nämlich nach der unterlassenen Vorlage der Prüfunterlagen sehen müssen; das sei in seinem Interesse erforderlich gewesen. Bloße Telefonate hätten nicht ausgereicht, weil die Aufeinanderfolge von drei Mahnungen gezeigt habe, daß nichts geschehen sei. Angesichts dieses Sachverhalts widerstreite es dem Verbot des § 529 Abs. 2 ZPO, nunmehr die Beweiserhebung nachzuholen. Es sei nicht auszuschließen, daß Verschleppung absicht mitgewirkt habe, grobe Nachlässigkeit i.S. des § 52 Abs. 2 ZPO habe zumindest vorgelegen.

b) Die Revision ist demgegenüber der Ansicht, es liege kein Fall des § 529 Abs. 2 ZPO vor, sondern es sei vielmehr § 279 ZPO anzuwenden; in diesem Falle dürfe ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel aber nur zurückgewiesen werden, we

der Partei grobe Fahrlässigkeit nachgewiesen werde. Werde das in dem Schriftsatz vom 3. Februar 1964 Vorgebrachte als wahr unterstellt, dann fehle es am Verschulden des Beklagten. Im Berufungsurteil sei nicht klargestellt, ob das Berufungsgericht von einfacher oder grober Fahrlässigkeit spreche.

c) Diese Rügen der Revision haben keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsirrtum auf diesen Fall § 529 Abs. 2 ZPO angewendet. Der Beklagte ist im ersten Rechtszug, weil er die Durchführung des Beweisbeschlusses vom 4. Oktober 1963 vereitelt hat, mit dem dort vorgesehenen Beweismittel dadurch ausgeschlossen worden, daß an die Stelle des Sachverständigengutachtens die aus dem Rechtsgedanken des § 444 ZPO abgeleitete Vermutung getreten ist, die Behauptung des Klägers sei richtig. Dieser Fall ist dem des § 279 a ZPO vergleichbar, in dem eine Partei, vom Gericht zur Erklärung aufgefordert, dieser Aufforderung keine Folge leistet. Insoweit ist gemäß § 529 Abs. 2 Satz 2 ZPO in der Berufungsinstanz § 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO entsprechend anzuwenden.

Auch die weitere rechtliche Beurteilung des festgestellten Sachverhalts durch das Berufungsgericht begegnet keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsverstoß aus dem festgestellten Sachverhalt gefolgert, daß der Beklagte auch persönlich nicht von erheblicher Fahrlässigkeit frei sei, weil er der Auflage des Gerichts nicht nachgekommen sei, und daß Verschleppungsabsicht nicht ausgeschlossen werden könne, zumindest aber grobe Nachlässigkeit im Sinne des § 529 Abs. 2 ZPO vorliege. Denn die mehrfachen Mahnungen, zuletzt die sehr präzise Aufforderung des Vorsitzenden der Kammer für Handelssachen, waren auch für den Beklagten so deutlich, daß der Schluß des Berufungsge-

richts, es liege zumindest ein Fall grober Nachlässigkeit auf Seiten des Beklagten vor, keinen rechtlichen Bedenken unterliegt.

Bei dieser von der Verfahrensrüge der Revision gemäß § 286 ZPO nicht betroffenen Beurteilung konnte das Berufungsgericht von einer Vernehmung des Steuerbevollmächtigten des Beklagten absehen. Die von der Revision aus § 286 ZPO erhobene Rüge, das Berufungsgericht habe zu Unrecht den als Zeugen benannten Steuerbevollmächtigten nicht vernommen, ist daher nicht begründet. Bei dieser Sachlage kommt es auf die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe dem Beklagten nicht in entsprechender Anwendung des § 232 Abs. 2 ZPO ein Verschulden seines Steuerbevollmächtigten anrechnen dürfen, nicht an.

III. Landgericht und Oberlandesgericht konnten nach alledem von der Richtigkeit der Behauptung des Klägers ausgehen, das Geschäft habe nicht den zugesicherten monatlichen Nettoertrag von DM 4.500,-- erzielt. Bei diesem Sachverhalt stand dem Kläger aber, wie die Vorderrichter zutreffend ausführen, nach dem "Vorverkaufsvertrag" vom 14. Juni 1962 das Recht zu, den Vorvertrag rückgängig zu machen und die Anzahlung von DM 7.500,-- sofort zurückzuverlangen. Gegen diese rechtliche Beurteilung werden auch von der Revision keine Einwendungen erhoben.

18

IV. Da die Revision in keinem Punkt Erfolg hat, war sie mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland

Jungbluth

Pehle

Sprenkman

Alff