

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 268/79

URTEIL

Verkündet am
8. Oktober 1980
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des beratenden Ingenieurs Peter H [REDACTED], A [REDACTED] G [REDACTED] 14
in A [REDACTED],
2. des Zahnarztes Helmut B [REDACTED], R [REDACTED] straße 3
in P [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Stadt K [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den ersten
Bürgermeister Georg W [REDACTED] in K [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr.h.c. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 1980 durch
den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter
Hoffmann, Wolf, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Berichtigt durch Beschuß vom 16. Okt. 1980

Auf die Rechtsmittel der Kläger werden das
Urteil des 24. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts München mit dem Sitz in Augsburg
vom 21. Juni 1979 und das Urteil des Ein-
zelrichters der 3. Zivilkammer des Land-
gerichts Memmingen vom 22. Januar 1979 auf-
gehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung an das Landgericht Memmingen,
dem auch die Entscheidung über die Kosten der
Rechtsmittelverfahren übertragen wird, zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte hatte den Bauunternehmer Martin B. [REDACTED]
mit Bauarbeiten an einem Schulzentrum beauftragt. Während
der Bauarbeiten, am 3. Dezember 1976, wurde über sein Ver-
mögen der Konkurs eröffnet. Die Beklagte ließ die Arbei-
ten durch das Bauunternehmen K. [REDACTED] fortsetzen. Von

B [REDACTED] verlangte sie gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B die Benutzung der auf der Baustelle eingesetzten Geräte und Maschinen. Diese überließ sie an K [REDACTED].

Die Kläger behaupten, B [REDACTED] habe ihnen und dem später ausgeschiedenen Mitgesellschafter E [REDACTED], mit dem zusammen sie eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gebildet hatten, mit Vertrag vom 30. August 1976 alle Geräte und Baumaschinen, die sich auf der Baustelle des Schulzentrums befunden hätten, verkauft und übereignet. Alle verkauften Gegenstände hätten B [REDACTED] gehört. Sie hätten den Kaufpreis von 300 000 DM entrichtet und die Geräte an B [REDACTED] zur weiteren Benutzung auf der Baustelle vermietet. Von der Beklagten und dem Bauunternehmer K [REDACTED] sei nur ein Teil der Geräte zurückgegeben worden. Solche im Wert von 72 275,08 DM hätten gefehlt. In dieser Höhe verlangen die Kläger von der Beklagten Schadensersatz. Ursprünglich hatten sie weitere 10 508,82 DM für abhanden gekommene Baustoffe gefordert. In Höhe dieses Betrages haben sie die Abweisung der Klage durch das Landgericht hingenommen.

Die Beklagte bestreitet, daß die Geräte an die Kläger verkauft und übereignet sowie, daß der Kaufpreis und von B [REDACTED] eine Miete gezahlt worden seien. Nur zum Teil hätten die Geräte und Maschinen B [REDACTED] gehört. Bei dem Kaufvertrag habe es sich um ein Scheingeschäft gehandelt.

Die Kläger erhoben am 25. Oktober 1978 Klage, wobei der Klageschrift eine Aufstellung der nicht zurückgelieferten Baugeräte beilag. Im Termin vom 4. Dezember 1978 wurde den Klägern vom Landgericht aufgegeben, innerhalb von drei Wochen die Anlage zum Kaufvertrag vom 30. August 1976



1

welche die Aufstellung aller verkauften Geräte enthielt, vorzulegen und Beweis dafür anzutreten, daß der Kaufpreis entrichtet worden sei, daß B. [REDACTED] Miete gezahlt habe und daß ihm die verkauften Geräte gehört hätten. Dieser Aufforderung kamen die Kläger nicht nach. Daraufhin wies der Einzelrichter des Landgerichts am 22. Januar 1979 die Klage ab.

Die Kläger legten Berufung ein und überreichten mit der Berufungsbegründung eine Ablichtung des Kaufvertrages vom 30. August 1976 sowie die Anlage zum Kaufvertrag. Die Berufung blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgen die Kläger den Anspruch auf Zahlung von 72 275,08 DM weiter.

Entscheidungsgründe

1. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, die Kläger hätten die Anlage zum Kaufvertrag (nachfolgend: Liste) nicht vorgelegt und "auch nicht anderweitig, wie etwa durch Zeugen, insoweit Beweis angetreten", obwohl die Beklagte bereits in der Klageerwiderung bestritten habe, daß "die mit der Klage geltend gemachten Baugeräte und Maschinen" an die Kläger verkauft und übereignet worden seien.

Das Berufungsgericht hat die Klageabweisung gebilligt und ausgeführt, zu Recht habe das Landgericht im Hinblick darauf, daß die Beklagte den Vertrag als Scheinvertrag bezeichnet und die Übereignung, die Kaufpreiszahlung und die Mietzinszahlung bestritten habe, Verkauf und Übereignung der Maschinen als entscheidungserheblich angesehen und deshalb die Vorlage der Liste durch die Kläger gemäß § 425 ZPO an die erste Stelle der Auflagen gesetzt.

2. Hiergegen wendet sich die Revision mit Recht.

a) Aus dem Auflagenbeschluß des Landgerichts ergibt sich nicht, nach welcher Bestimmung der ZPO es den Klägern die Vorlage der Liste aufgegeben hat. Das Berufungsgericht meint, das sei nach § 425 ZPO geschehen. Diese Vorschrift regelt aber nur den Fall, daß die Partei sich auf eine Urkunde beruft, welche sich in Händen ihres Prozeßgegners befindet. Hier besaßen die Kläger, die sich auf die Liste berufen hatten, die Urkunde selbst. Deshalb ist anzunehmen, daß das Landgericht die Vorlage der Liste nach § 142 Abs. 1 ZPO angeordnet hat. Auch dann läßt sich aber aus dem Unterlassen der Vorlage der Liste die Klageabweisung nicht rechtfertigen. Zwar besteht wie bei jedem prozessualen Verhalten für das Gericht die Möglichkeit, auch die Weigerung einer Partei, eine Urkunde vorzulegen, deren Vorlage das Prozeßgericht nach § 142 Abs. 1 ZPO angeordnet hat, im Rahmen des § 286 ZPO frei zu würdigen; grundsätzlich darf aber einer Prozeßpartei aus dem Unterlassen der nach § 142 Abs. 1 ZPO angeordneten Vorlegung von Urkunden ein Rechtsnachteil nicht entstehen (vgl. BAG Urteil vom 10. September 1975 - 4 AZR 456/74

1

= DB 1976, 1020 m.w.Nachw.). Hier stellte es einen Verstoß gegen § 286 ZPO dar, wegen der Nichtbefolgung der gerichtlichen Auflage zur Urkundenvorlage die Klage abzuweisen.

Genau anzugeben hatten die Kläger die fehlenden Baugeräte. Es kam darauf an, daß diese Gegenstand des Kaufvertrages und der Übereignung waren. Welche weiteren Geräte in dem Vertrag vom 30. August 1976 verkauft und übereignet worden waren, war für die Schlüssigkeit der Klage unerheblich. Ihrer Darlegungslast sind die Kläger aber bereits in der Klageschrift nachgekommen. Dort haben sie für die Richtigkeit ihres Vorbringens auch Beweis angetreten. Wörtlich wird in der Klageschrift ausgeführt:

"Nach Abschluß der nach und nach erfolgten Freigabe sämtlicher an der Baustelle (noch) vorhandenen Geräte und Materialien, Gerüste und sonstige Einrichtungsgegenstände fehlten eine Reihe von Geräten und Materialien, die zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Baustelleneinrichtung und Baustoffe/Baumaterialien durch die Beklagte als Bauherrin (Auftraggeberin) von Martin B. an der Baustelle vorhanden gewesen waren. Im einzelnen handelt es sich um die Gegenstände und Baustoffe, gemäß anliegender Aufstellung über nicht zurückgelieferte Materialien und Baugeräte von der Baustelle K. (Seite 1 bis 7); auf diese Aufstellung nehme ich inhaltlich Bezug und mache sie zum Gegenstand dieses Schriftsatzes. Diese gesamten in der Aufstellung enthaltenen Gegenstände waren von der Beklagten gemäß B § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB als Auftraggeberin in Anspruch genommen worden; die Gegenstände wurden nicht zurückgegeben.

Beweis: Martin B., F. -W. Josef Bö., F., H. Straße 35 als Zeugen."

Dieser Absatz schließt an die Ausführungen der Kläger zum Kaufvertrag und zur Übereignung an, in denen geltend gemacht ist, Martin B. habe durch den Vertrag vom 30. August 1976 das gesamte bewegliche Inventar seines Baubetriebes verkauft. Der Antrag auf Vernehmung des Martin B. und des Josef Bö. bezog sich daher nicht nur darauf, daß die in der mit der Klageschrift vorgelegten Aufstellung aufgeführten Gegenstände fehlten, sondern auch darauf, daß sie von dem Kaufvertrag und der Übereignung erfaßt waren. Allenfalls auftretende Zweifel hätte bereits das Landgericht nach § 139 ZPO durch Befragung der Kläger beheben müssen, die nach dem Vorbringen der Revision zu einer Aufklärung dahin geführt hätte, daß der Beweisantrag sich auch darauf bezog, daß die in der Aufstellung genannten Geräte Gegenstand des Kaufvertrags und der Übereignung waren.

Zum Wert der verschwundenen Sachen haben die Kläger bereits in der Klageschrift Beweis durch Sachverständigen-gutachten angetreten. Das Landgericht hätte deshalb die Klage nicht mit der Begründung abweisen dürfen, die Kläger hätten keinen ausreichenden Beweis für das entscheidungserhebliche Klagevorbringen angetreten.

3. Das Berufungsgericht hat die Vernehmung des Martin B. und des Josef Bö., die Erholung eines Sachverständigen-gutachtens und die Vernehmung von zwei weiteren im zweiten Rechtszuge benannten Zeugen nach § 528 Abs. 1 ZPO nicht zugelassen.

Auch hiergegen wendet die Revision sich mit Recht. Eine Nichtzulassung von Beweismitteln ist nach § 528 Abs. 1 ZPO nur unter der Voraussetzung zulässig, daß

1

diese neu sind. Das trifft nach den Darlegungen zu 2 auf die Anträge auf Vernehmung des Martin B. und des Josef B. als Zeugen und die Erholung eines Sachverständigengutachtens nicht zu. Da bereits eine Beweisaufnahme notwendig war, konnte durch die Vernehmung der im Berufungsrechtszug neu benannten Zeugen keine Verzögerung des Rechtsstreits im Sinne des § 528 Abs. 1 ZPO eintreten.

4. Demnach mußte das Berufungsurteil aufgehoben werden. Eine Entscheidung darüber, ob die Klage begründet ist, ist dem Senat nicht möglich, weil es nach dem Dargelegten erst einer Beweiserhebung über die Berechtigung des Klageanspruchs bedarf, die nur dann nicht erforderlich wäre, wenn der Einwand der Beklagten zuträfe, es liege ein Scheingeschäft vor. Hierzu fehlen aber Feststellungen des Berufungsgerichts.

Würde die demnach notwendige Zurückverweisung an das Berufungsgericht erfolgen, hätte dieses bei der gebotenen Beachtung der Rechtsauffassung des erkennenden Senats seinerseits das landgerichtliche Urteil wegen eines wesentlichen Verfahrensmangels aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen (§ 539 ZPO). Zu einer solchen Entscheidung des Berufungsgerichts über die Berufung ist das Revisionsgericht selbst in der Lage (vgl. BGHZ 16, 71, 82); sie ist auch sachgerecht, weil eine doppelte Zurückverweisung und die damit verbundenen Verfahrensverzögerungen vermieden werden.

Die zugleich erforderliche Aufhebung des Urteils des Landgerichts bezieht sich im Ausspruch über die Hauptsache nur auf die Abweisung der Klage, soweit sie den Betrag von 10 508,82 DM übersteigt, denn nur insoweit ist das landgerichtliche Urteil mit der Berufung angefochten worden.

Dem Landgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Rechtsmittelinstanzen zu übertragen, weil der endgültige Erfolg der Rechtsmittel von der Entscheidung in der Hauptsache abhängt.

Braxmaier

Hoffmann

Wolf

Treier

Dr. Brunotte

BUNDESGERICHTSHOF

VIII ZR 268/79

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

1. des beratenden Ingenieurs Peter H[REDACTED], A[REDACTED] G[REDACTED] 14
in A[REDACTED],
2. des Zahnarztes Helmut B[REDACTED], R[REDACTED]straße 3
in P[REDACTED]

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Stadt K[REDACTED], gesetzlich vertreten durch den ersten
Bürgermeister Georg W[REDACTED] in K[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr.h.c. [REDACTED] -

1

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
am 16. Oktober 1980 durch den Vorsitzenden Richter
Braxmaier und die Richter Hoffmann, Wolf, Treier und
Dr. Brunotte

beschlossen:

Der Tenor des Urteils des Senats vom
8. Oktober 1980 wird dahin berichtet,
daß der erste Absatz nach dem Wort
"aufgehoben" den Zusatz erhält

"..., letzteres im Ausspruch über die
Hauptsache nur insoweit, als die Klage
hinsichtlich des 10 508,82 DM überstei-
genden Betrages abgewiesen wurde."

G r ü n d e :

Aus den Entscheidungsgründen des Urteils des Senats
vom 8. Oktober 1980 ergibt sich, daß das Urteil des Einzel-
richters der 3. Zivilkammer des Landgerichts Memmingen vom
22. Januar 1979 in der Entscheidung über die Hauptsache
nur insoweit aufgehoben wurde, als die Klage hinsichtlich
des 10 508,82 DM übersteigenden Betrages abgewiesen wurde.

Der Tenor des Urteils des Senats, der diese Einschränkung nicht enthält, war daher wegen offenkundiger Unrichtigkeit entsprechend zu berichtigen (§ 319 ZPO).

Braxmaier

Treier