

Nachschlagewerk: ja
 BGHZ: nein
 BGHR: ja

ZPO §§ 528 Abs. 3, 296 Abs. 1

Geht wegen verspäteten Beweisantritts die Ladung dem Zeugen nicht zu und erscheint er auch nicht freiwillig im Termin, steht der Annahme der Verzögerung des Rechtsstreits durch das Ausbleiben des Zeugen nicht entgegen, daß er sich der Partei gegenüber zum Erscheinen bereit erklärt hatte und möglicherweise auch bei rechtzeitiger Ladung ausgeblieben wäre (Abgrenzung zu LM § 528 ZPO Nr. 30 = NJW 1986, 2319).

BGH, Urt. v. 19. Oktober 1988 - VIII ZR 298/87 - OLG Karlsruhe
 LG Karlsruhe

BUNDESGERICHTSHOF

46

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 298/87

URTEIL

Verkündet am:
19. Oktober 1988
Kanik
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Wolfgang R[REDACTED], A[REDACTED]straße [REDACTED] in P[REDACTED]

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Otto H[REDACTED], K[REDACTED]-B[REDACTED]-Str. [REDACTED] in N[REDACTED]-D[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
[REDACTED] -

46

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Oktober 1988 durch die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Treier, Dr. Brunotte und Dr. Zülch

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 4. November 1987 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

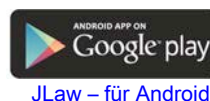
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger erwarb im Jahr 1985 einen gebrauchten, unfallbeschädigten Geländewagen. Die Parteien unterzeichneten am 5. Juli 1985 eine mit "Kaufvertrag" überschriebene Urkunde, in der u.a. festgehalten ist, daß der Kläger das Fahrzeug vom Beklagten kaufe, dieser den Unfallschaden fachmännisch reparieren, die stark beschädigten Teile durch Neuteile ersetzen und ein Sonnendach sowie ein neues Radio einbauen werde. Vom Gesamtpreis von 16.800 DM seien 8.000 DM sofort und 8.800 DM nach Fertigstellung fällig. Auf der Rückseite der Urkunde bestätigte der Beklagte ebenfalls unter dem 5. Juli 1985 den Empfang von 8.000 DM. Das Fahrzeug wurde dem Kläger nach der Instandsetzung durch den Beklagten am 8. November 1985 übergeben; gleichzeitig bezahlte



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



der Kläger den Restkaufpreis. Die Türen, der rechte Vorderkotflügel und die Motorhaube waren nicht durch Neuteile ersetzt, sondern nur ausgebeult und überspachtelt; das eingebaute Radiogerät war defekt.

Mit der Behauptung, er habe das Fahrzeug von ihm gekauft, hat der Kläger den Beklagten vor dem Landgericht Karlsruhe unter dem Gesichtspunkt der Minderung auf Zahlung von 7.700 DM in Anspruch genommen und außerdem die Erstattung von 193,87 DM für eine Reparatur begehrt, deren Kostenübernahme ihm der Beklagte zugesagt hatte. Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Er hat vorgetragen, der Kläger habe das Fahrzeug nicht von ihm, sondern von dem Kraftfahrzeughändler Di█████ gekauft. Er, der Beklagte, habe den Kläger bei dem Kauf lediglich beraten und es übernommen, das Fahrzeug für 8.800 DM notdürftig zu reparieren. Die Kaufvertragsurkunde habe er unterzeichnet, weil der Kläger ihn um eine Bestätigung dafür gebeten habe, daß er ihm den Kaufpreis von 8.000 DM zur Weiterleitung an den Verkäufer Di█████ übergeben habe.

Nach Eingang der Klageschrift ordnete der Kammervorsitzende das schriftliche Vorverfahren an und gab dem Beklagten auf, binnen zwei Wochen seine Verteidigungsbereitschaft anzuzeigen und binnen weiterer zwei Wochen auf die Klage zu erwidern. Die Verfügung des Vorsitzenden wurde dem Beklagten mit der erforderlichen Belehrung und zusammen mit der Klageschrift am 14. Mai 1986 zugestellt. Mit Verfügung vom 18. Juni 1986 wurde Haupttermin auf den 9. Juli 1986 bestimmt. Mit Schriftsatz vom 27. Juni 1986, der am 3. Juli 1986 beim Landgericht einging, trat der Beklagte mit dem

dargelegten Vorbringen der Klage entgegen; zum Beweis für seine Behauptungen berief er sich auf die Zeugin W[REDACTED] und auf den Zeugen Di[REDACTED]. Mit Verfügung vom 4. Juli 1986 verlegte der Einzelrichter, dem zwischenzeitlich der Rechtsstreit zur Entscheidung übertragen worden war, die Terminsstunde von 8.15 Uhr auf 10.30 Uhr und ordnete gemäß § 273 ZPO die Ladung des Zeugen Di[REDACTED] - wohnhaft in Ne[REDACTED]-Ba[REDACTED] (Kreis Esslingen) - und die Ladung der Zeugin We[REDACTED] an.

In der mündlichen Verhandlung am 9. Juli 1986 erschien die Zeugin We[REDACTED] und wurde vernommen. Der Zeuge Di[REDACTED] erschien nicht. In der Verhandlung erklärte der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten, der Zeuge habe bis 8.30 Uhr an diesem Tag keine Ladung erhalten; er sei aber auf Bitten des Beklagten bereit gewesen, zum Termin zu erscheinen. Dies sei nach einer Mitteilung des Zeugen aber daran gescheitert, daß sein Fahrzeug plötzlich defekt geworden und es ihm nicht möglich gewesen sei, noch rechtzeitig mit der Bahn zu erscheinen.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 6.498,87 DM nebst Zinsen stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und ihn auf die teilweise erfolgreiche Anschlußberufung des Klägers zur Zahlung von 7.209,75 DM nebst Zinsen verurteilt. Mit seiner zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt der Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat keinen Erfolg.

I. 1. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß zwischen den Parteien ein Kaufvertrag geschlossen worden ist, wie er sich im einzelnen aus der handschriftlich abgefaßten Vereinbarung vom 5. Juli 1985 ergebe. Das Minderungsbegehren des Klägers sei berechtigt und müsse sogar mit 7.015,88 DM statt mit 6.300 DM beziffert werden. Hinzu komme der vom Kläger ebenfalls mit Recht geltend gemachte Anspruch auf Erstattung von Reparaturkosten in Höhe von 193,87 DM.

2. Das Berufungsgericht meint in Übereinstimmung mit der ersten Instanz, aus der vorgelegten Vertragsurkunde ergebe sich, daß der Kläger das Fahrzeug vom Beklagten gekauft habe; Gegenteiliges sei durch die Vernehmung der Zeugin W. nicht erwiesen. An der Vernehmung des Zeugen Di. hat es sich durch § 528 Abs. 3 ZPO gehindert gesehen; den darauf gerichteten Beweisantrag habe das Landgericht entgegen der Ansicht des Beklagten mit Recht als verspätet zurückgewiesen. Trotz der unentschuldig verspäteten Klageerwiderung habe es zur Vorbereitung des Haupttermins vom 9. Juli 1986 alles ihm mögliche getan, um eine Verzögerung zu vermeiden. Der ausgebliebene Zeuge hätte nur in einem weiteren Termin vernommen werden können; dies hätte eine objektive Verfahrensverzögerung bedeutet, weil der Rechtsstreit im übrigen entscheidungsreif gewesen sei.

Die Verzögerung beruht nach Ansicht des Berufungsgerichts auch auf dem verspäteten Beweisantritt. Er könne zwar nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht zurückgewiesen werden, wenn ein noch ordnungsgemäß und rechtzeitig geladener Zeuge nicht erscheine. Hier fehle es aber an dem Erfordernis einer ordnungsgemäßen und rechtzeitigen Ladung. Daß die Ladung die Zeugin W., nicht aber den entfernter wohnenden Zeugen D. erreicht habe, beruhe ersichtlich auf der verspäteten Klageerwiderung; ob die Ladung auch aufgrund einer nicht üblichen Postlaufzeit nicht mehr vor dem Termin zugegangen sei, spiele bei den wenigen Tagen, die zur Verfügung gestanden hätten, keine Rolle. Sei der Zeuge allerdings auch ohne Ladung zum Erscheinen bereit gewesen und nur wegen eines Defekts seines Fahrzeugs nicht erschienen, so beruhe zwar die Verzögerung bei rein logischer Betrachtung nicht auf der Verspätung. Diese Betrachtungsweise dürfe aber nicht in Widerspruch zu dem mit den Präklusionsvorschriften verfolgten Ziel der Prozeßbeschleunigung geraten. Die Prüfung der Frage, ob ein nicht erschienener Zeuge, den eine Partei habe stellen wollen, auch bei einer Ladung durch das Gericht ausgeblieben wäre, erfordere gerade die hypothetischen Erwägungen, von denen der Verzögerungsbegriff freizuhalten sei. Für die Ernsthaftigkeit und Nachhaltigkeit der Bereitschaft eines Zeugen, zu einem Termin zu erscheinen, spiele es keine ganz untergeordnete Rolle, ob er diese Bereitschaft mehr oder weniger unverbindlich gegenüber einer Partei erklärt habe oder ob er vom Gericht förmlich unter Androhung von Zwangsmaßnahmen geladen worden sei. Lasse man jedoch hypothetische Erwägungen zu, so sei es durchaus denkbar, daß der Zeuge bei

rechtzeitiger Ladung den Hinweis im Ladungsformular, daß bei plötzlicher Verhinderung eine fernmündliche Rückfrage beim Gericht empfehlenswert sei, beachtet und am frühen Morgen des Terminstags die Auskunft erhalten hätte, er müsse auf jeden Fall kommen, und daß der Zeuge entweder ein anderes Fahrzeug fahrbereit gemacht hätte (er sei von Beruf Kraftfahrzeughändler) oder mit der Bahn angereist wäre.

II. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind nicht begründet. Keinem Zweifel kann unterliegen und wird auch von der Revision hingenommen, daß die in das Wissen des Zeugen gestellte Behauptung verspätet vorgetragen worden ist und die Vernehmung des nicht erschienenen Zeugen einen neuen Termin notwendig gemacht, also eine Verzögerung bewirkt hätte.

1. Ohne Rechtsfehler stellt das Berufungsgericht bei der ihm obliegenden Prüfung, ob das Landgericht den Beweisantrag zu Recht als verspätet zurückgewiesen hat, fest, daß der Zeuge Di. [REDACTED] die Ladung vor dem Termin vom 9. Juli 1986 nicht mehr rechtzeitig erhalten hat.

a) Im Gegensatz zur Auffassung der Revision bedurfte es dazu weder eines förmlichen Nachweises durch eine Zustellungs-urkunde noch einer Glaubhaftmachung durch den Zeugen selbst. Eine weitere Aufklärung war jedenfalls hier entbehrlich, nachdem sich der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht eine Mitteilung des Zeugen zu eigen gemacht hatte, er habe bis heute (Terminstag) früh um 8.30 Uhr keine Ladung erhalten, und nachdem auch im

Berufungsverfahren vom Beklagten zu keinem Zeitpunkt Zweifel an der Richtigkeit dieser Mitteilung geltend gemacht wurden.

b) Ohne Erfolg bleibt im Ergebnis auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte unter Berücksichtigung der üblichen Postlaufzeiten von einem rechtzeitigen Zugang der Ladung ausgehen müssen, da es festgestellt habe, daß die die Ladung der Zeugen anordnende Verfügung des Einzelrichters vom 4. Juli 1986 noch am selben Tag ausgeführt worden sei. Diese Feststellung beruht indessen auf einem offensichtlichen Irrtum des Berufungsgerichts: Nach dem Vermerk der Kanzlei des Landgerichts (Gerichtsakten I 59) ging dort die Verfügung vom 4. Juli (Freitag) erst am 7. Juli (Montag) ein und wurde an diesem Tag erledigt. Da das Berufungsgericht seine Feststellung, zu der Parteivortrag fehlt, nur den Akten entnommen haben kann, ist der Senat an die irrtümliche Übernahme des Datums nicht gebunden, sondern kann von dem zutreffenden Datum ausgehen. Stand demnach aber für den rechtzeitigen Zugang der Ladung praktisch nur noch der auf die Absendung folgende Tag (Dienstag) zur Verfügung, so kann von einer - der verspätet vortragenden Partei möglicherweise nicht anzulastenden - unüblich langen Postlaufzeit als denkbare Ursache für den unterbliebenen rechtzeitigen Zugang keine Rede sein.

2. a) Der Bundesgerichtshof hat allerdings bereits mehrfach entschieden (Urteile vom 5. Mai 1982 - VIII ZR 152/81 = LM § 379 ZPO Nr. 3 = NJW 1982, 2559 m.Anm. Deubner; vom

23. April 1986 - VIII ZR 125/85 = WM 1986, 867 unter Auseinandersetzung mit der Kritik an der bisherigen Rechtsprechung; vom 23. April 1986 - VIII ZR 128/85 = WM 1986, 869; vom 1. Oktober 1986 - I ZR 125/84 = NJW 1987, 502; vom 13. Januar 1987 - VI ZR 280/85 = NJW 1987, 1949), daß das Ausbleiben eines verspätet benannten, aber noch ordnungsgemäß und rechtzeitig geladenen Zeugen nicht zur Anwendung der Präklusionsvorschriften führt. Verzögerungen, die auf Gründen beruhen, die dem Prozeß allgemein und unabhängig davon innewohnen, ob Angriffs- oder Verteidigungsmittel rechtzeitig vorgebracht sind, können der verspätet vortragenden Partei nicht angelastet werden. Entgegen der Ansicht der Revision ist aber für diese Rechtsprechung die ordnungsgemäße und rechtzeitige Ladung des Zeugen von wesentlicher Bedeutung. Ist der Zeuge noch ordnungsgemäß und rechtzeitig geladen worden, so befindet sich der Prozeß in der Lage, die auch bei rechtzeitigem Beweisantritt bestanden hätte; das durch die Verspätung insoweit begründete Verzögerungsrisiko hat sich nicht verwirklicht.

b) Die Sache liegt jedoch anders beim Ausbleiben eines Zeugen, der keine Ladung erhalten hat und den die Partei stellen wollte. Hier hat die Partei es dazu kommen lassen, daß sie allein auf die Bereitschaft des Zeugen, im Termin zu erscheinen, vertrauen muß, während ihm bei der gerichtlichen Ladung die Pflicht zum Erscheinen vor Augen steht. Bei derartiger Fallgestaltung befindet sich der Prozeß nicht in der Lage, die auch bei rechtzeitigem Beweisantritt bestanden hätte. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß eine Gleichstellung des Falles eines ordnungsgemäß und rechtzeitig geladenen Zeugen mit dem eines - lediglich - freiwillig erscheinungsbereiten nicht in Betracht kommt.

aa) Die Zurechnung der Verzögerung könnte - was das Berufungsgericht nicht verkennt - unter dem Gesichtspunkt zu verneinen sein, daß bei rein logischer Betrachtung die Verspätung sich dann nicht auswirken würde, wenn der Zeuge auch bei rechtzeitiger Ladung ausgeblieben wäre; insoweit würde keine Rolle spielen, daß er auf Grund der Verspätung nicht mehr rechtzeitig hat geladen werden können. Wenn aber die gebotene normative Betrachtung (Senatsurteil vom 23. April 1986 - VIII ZR 125/88 aaO) Veranlassung gegeben hat, nicht darauf abzustellen, ob der noch rechtzeitig und ordnungsgemäß geladene Zeuge auch zum Termin erscheint, steht sie andererseits der Würdigung entgegen, die als konkrete Folge der Verspätung unterbliebene rechtzeitige Ladung hypothetisch deswegen als in ihrer Wirkung überholt anzusehen, weil der Zeuge auch im Fall der Ladung ausgeblieben wäre; auch das hat das Berufungsgericht zutreffend gesehen.

bb) Die Gleichstellung eines ordnungsgemäß und rechtzeitig geladenen mit einem freiwillig erscheinungsbereiten Zeugen würde überdies voraussetzen, daß die Bereitschaft des Zeugen, auch ungeladen zu erscheinen, ernsthaft gewesen ist. Bleibt er aus nicht zwingenden Gründen oder deshalb fern, weil seine Bereitschaft zum freiwilligen Erscheinen sich geändert hat, so besteht ein Zusammenhang mit der fehlenden Ladung, ohne die der Zeuge zum Erscheinen nicht verpflichtet ist. Daß danach Feststellungen über die innere Willensrichtung des Zeugen und über den Grund seines Ausbleibens notwendig wären, rechtfertigt es, das Ausbleiben der verspätet vortragenden Partei nur dann nicht zuzurechnen, wenn der Zeuge

rechtzeitig geladen war. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs knüpft an die Ladung und das Ausbleiben des Zeugen an, also zwei ohne weiteren Aufwand feststellbare Tatbestände. Fehlt dagegen die rechtzeitige Ladung, so wären nach dem zuvor Ausgeführten mit Unsicherheiten und Schwierigkeiten verbundene Feststellungen über innere Vorgänge und den mutmaßlichen Geschehensablauf erforderlich. Es ist aber nicht Sinn der Präklusionsvorschriften, das Gericht mit derartigen Feststellungen und Erwägungen zu belasten (BVerfG Beschluß vom 5. Mai 1987 - 1 BvR 903/85 = NJW 1987, 2733, 2735). Aus demselben Grund hat der Bundesgerichtshof sich für den sogenannten absoluten Verzögerungsbegriff entschieden (vgl. BGHZ 86, 31, 37 m.Nachw.).

III. Das Berufungsgericht hält rechtsfehlerfrei die Voraussetzungen eines nichtverjährten Anspruchs auf Minderung (§§ 459, 462 BGB) für gegeben. Es stellt - von der Revision nicht angegriffen - fest, daß der Kaufpreis des Fahrzeugs dessen objektivem Wert in mangelfreiem Zustand entsprochen hat und berechnet den Minderungsbetrag nach den - unstreitigen - Aufwendungen, die für eine Instandsetzung der vom Beklagten nur notdürftig überspachtelten Fahrzeugteile erforderlich sind. Diese, von § 472 Abs. 1 BGB abweichende Berechnungsweise ist, wenn der vereinbarte Kaufpreis dem objektiven Wert der Kaufsache in mangelfreiem Zustand entspricht, nicht zu beanstanden (vgl. BGH Urteil vom 28. Juni 1961 - V ZR 201/60 = LM § 472 BGB Nr. 1; BGH Urteil vom 17. September 1971 - V ZR 143/68 = WarnRspr 71 Nr. 202; MünchKomm-H.P. Westermann, BGB, 2. Aufl., § 472 Rdn. 8).

IV. Sonach war die Revision zurückzuweisen. Die Kosten-
entscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Wolf

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Brunotte

Dr. Zülch