

63. Unter welchen Voraussetzungen ist es zulässig, daß das Berufungsgericht bei der Nachprüfung eines erstinstanzlichen Teilzwischenurteils über den Grund des Anspruchs die Aussagen von Zeugen berücksichtigt, die nach der Erlassung jenes Urteils in erster Instanz im Laufe des dort fortgesetzten Rechtsstreits vernommen worden sind?

VI. Zivilsenat. Ur. v. 5. Oktober 1922 i. S. B. (Bekl.) w. S. (Kl.).
VI 752/21.

I. Landgericht Düsseldorf. — II. Oberlandesgericht daselbst.

Laut Bestätigung vom 9. September 1919 hat die Beklagte der Klägerin etwa 5000 qm Hobelbielen bestimmter Ausmaße zum Preise von 9,35 M für den Quadratmeter zugesagt. Hiervon wurde zunächst ein Waggon mit 1039,08 qm geliefert und bezahlt. Eine zweite Lieferung, bestehend aus zwei weiteren Waggons mit zusammen 2318,8 qm, wurde wegen Mangelhaftigkeit des Holzes beanstandet und nicht bezahlt. Die Klägerin verlangt Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Betrag von 66 760,30 M. Der erste Richter erließ am 30. Juni 1920 ein Teilzwischenurteil dahin, daß der Klagenanspruch dem Grunde nach insoweit für gerechtfertigt erklärt werde, als die Klägerin Schadensersatz wegen Nichtlieferung von 1142,32 qm Hobelbielen verlange. Zugleich erging ein Beweisbeschluß, der die Beschaffenheit der beanstandeten zweiten Lieferung zum Gegenstand hat. Die in diesem Beweisbeschluß genannten Zeugen sind nach Erlassung des bezeichneten Urteils vernommen worden.

Die Beklagte hat gegen das Urteil vom 30. Juni 1920 die Berufung eingelegt und den Antrag auf Klagenabweisung wiederholt. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Gegenüber dem Einwand, die Klägerin finde sich selbst wegen Nichtbezahlung der zweiten Lieferung im Verzug, erachtet das Berufungsgericht die Beanstandung der zweiten Lieferung für begründet, wobei es die inzwischen vom ersten Richter erhobenen Beweise verwertet und gewisse Beweisangebote unter Hinweis auf das Ergebnis jener Beweishebung zurückweist. Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung des Berufungsurteils.

Gründe:

Soweit das Berufungsgericht sich bei seinen Feststellungen und bei der Ablehnung des Beweisanspruchs auf die vom ersten Richter nachträglich erhobenen, in den Prozeßakten vorliegenden und in der Berufungsverhandlung vorgetragene Zeugenaussagen gestützt hat, muß dies als prozessual unstatthaft beanstandet werden. Wie die Vorschrift des § 526 Abs. 1 ZPO. ergibt, bildet die Grundlage der Berufungsverhandlung das Urteil erster Instanz und der darin abgeurteilte Prozeßstoff, der aus dem Tatbestand des Urteils und denjenigen Protokollen und Akten, auf die er Bezug nimmt, zu entnehmen und von den Parteien in der mündlichen Verhandlung vorzutragen ist. In diesem Rahmen gelten die Beweisaufnahmen erster Instanz auch im Berufungsverfahren; als solche erster Instanz können sie indessen nur insoweit gelten, als sie vor der angefochtenen Entscheidung liegen, deren Richtigkeit zu prüfen das Ziel des Berufungsverfahrens ist. Eine nach der Erlassung des Urteils erster Instanz vorgenommene Beweishebung ist für das Berufungsverfahren, wenn ihre Ergebnisse vorgetragen und zum Gegenstand der Berufungsverhandlung gemacht

sind, im prozessualen Sinne eine Neuheit und als solche grundsätzlich statthaft. Wenn aber, wie hier, protokolларisch vorliegende Zeugenaussagen vorgebracht werden, so ist damit kein Zeugenbeweis angetreten; noch kann in der Entgegennahme und Würdigung dieser Aussagen eine auf Erhebung von Zeugenbeweis gerichtete Anordnung des Berufungsgerichts gefunden werden (§§ 373, 355, 358 ZPO). Vielmehr unternimmt es die Partei, die diese Protokolle vorträgt, einen Urkundenbeweis (§§ 415 flg. ZPO.) zu führen, nicht anders, als wenn die in einem anderen Rechtsstreit oder in einem sonstigen Verfahren erwachsenen Protokolle — wie schriftliche Äußerungen eines Zeugen überhaupt — zur Beweisführung verwertet und vorgebracht werden. Die Führung eines Urkundenbeweises mittels Vortrags von Protokollen über Zeugenvernehmungen, z. B. in einem Vorprozeß, ist an sich durchaus zulässig, und es bedarf zur Erhebung und Verwertung dieser Art des Beweises auch grundsätzlich nicht des Einverständnisses der Gegenpartei. Indessen gilt insoweit die in der Rechtsprechung des Reichsgerichts schon häufig ausgesprochene Einschränkung, daß keine Partei gehalten ist, jenen Urkundenbeweis schlechthin statt des Zeugenbeweises gelten zu lassen. Wird vom Beweisführer selbst oder vom Gegner für eine Behauptung die Vernehmung des Zeugen nach § 373 ZPO. beantragt, so kann dies nicht damit abgelehnt werden, es liege bereits ein Protokoll über die frühere Vernehmung des Zeugen vor. Für das Verfahren des mit diesem Antrag angegangenen Gerichts liegt solchenfalls kein Antrag auf wiederholte Vernehmung des Zeugen vor, die nach § 398 ZPO. im freien Ermessen des Prozeßgerichts steht; vielmehr ist dieses angeichts eines solchen Antrages gehalten, den Zeugen nunmehr seinerseits zu vernehmen.

Dies muß auch bei der hier gegebenen Prozeßklage gelten. Daß die Beweiserhebung erster Instanz in demselben Rechtsstreit erfolgt ist, ändert nichts an der entscheidenden Tatsache, daß jene einem anderen Abschnitt des Verfahrens angehört, das insoweit überhaupt noch nicht in die zweite Instanz gelangt ist. Auch in solchem Falle kann ein Interesse der Partei daran bestehen, daß die Überzeugung des Gerichts sich nicht nur auf die Behelfe des Urkundenbeweises beschränkt, sondern daß dafür die Möglichkeiten der Beweisführung durch Zeugen eröffnet sind. Demgegenüber kann die Erwägung, daß die Rechte der Parteien aus §§ 357, 397 ZPO. bei der früheren Vernehmung gewahrt worden sein mögen, nicht durchgreifen, da dies auch in allen Fällen, wo jene in einem Vorprozeß der gleichen Parteien erfolgt ist, zutrifft oder wenigstens zutreffen kann.

In dem Umfang also, in welchem hier die Vernehmung der früher vernommenen Zeugen vor dem Berufungsgericht beantragt worden ist, können diese Anträge bisher nicht als prozeßgerecht beschieden an-

erkannt werden. Nur wenn beide Teile dahin übereinstimmen, die vorliegenden Zeugenaussagen so gelten zu lassen, als wären sie im Verfahren vor dem Berufungsgericht erfolgt, könnte das Berufungsgericht seine Beurteilung auf die vorliegenden Protokolle beschränken und von der Vernehmung der Zeugen absehen.