

108. Formale Mängel des Protokolls über die mündliche Verhandlung und deren Rüge; Protokollierung der Ansagen der vor dem Prozeßgerichte vernommenen Zeugen; Unterlassung der Protokollierung und Einfluß der Unterlassung bei stattgehabter Vertagung der mündlichen Verhandlung und Urteilsfällung durch ein anders zusammengesetztes Richterkollegium.¹

IV. Civilsenat. Ur. v. 19. Oktober 1885 i. S. F. F. (N.) w. L. N. (Bekl.) Rep. IV. 162/85.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht dajelbst.

Gründe:

„Die F. W., später verehelichte St., hat eine, für sie auf dem Grundstücke Gitschinerstraße Nr. 87a zu B. eingetragene Grundschuld von 20 000 *M* an die Beklagte — und von der, ihr gebührenden Cessionsvaluta den Betrag von 6500 *M* an A. B. abgetreten, den dieser wieder an den Kläger cediert hat. Letzterer klagt diese Cessionsvaluta in Höhe von 6500 *M* gegen die Beklagte, als Cessionarin jener Grundschuld, ein, indem er behauptet, daß auf die vereinbarte Cessionsvaluta von 17 000 *M* nur 10 500 *M* gezahlt, der eingeklagte Betrag daher noch rückständig sei. Die Beklagte hat das bestritten und behauptet, daß die Cessionsvaluta von 17 000 *M* durch die — anerkanntermaßen — bar gezahlten 10 500 *M* und durch Übernahme und Verrechnung einer Forderung der Frau G. an den Ehemann der Cedentin in Höhe von 6500 *M* gedeckt und getilgt worden sei. Die Entscheidung der Sache hängt daher von der Vereinbarung über das Valutageschäft ab. Der Richter erster Instanz hat die Beklagte nach dem Klagantrage verurteilt, weil eine Forderung der Frau G. in Höhe von 6500 *M*, als bestehend, schriftlich gar nicht nachgewiesen sei, während der Berufungsrichter den Kläger abweist, indem

¹ Vgl. oben Nr. 107 S. 379.

er — unter Würdigung des von ihm vervollständigten Beweises — feststellt: daß nach Vereinbarung der Cessioninteressenten die bar zu zahlende Valuta auf 10 500 *M* bestimmt und im übrigen die Forderung der Frau G. an St. in Höhe von 6500 *M* verrechnet worden ist, und daß diese Forderung auch zu Recht bestanden hat und sogar schriftlich nachgewiesen ist. Unter Zugrundelegung dieser — wirksam nicht angefochtenen — Feststellung erscheint die von der Klägerin eingelegte Revision nicht berechtigt.

Gegen die Rechtsbeständigkeit der Cession selbst, wie sie auf Grund der festgestellten Vereinbarung zwischen der verheirateten St. und der Beklagten über die Grundschuld der 20 000 *M* erfolgt ist, sind Bedenken nicht erhoben; der Anspruch des Klägers setzt gerade die Gültigkeit und Rechtswirksamkeit jener Cession voraus, indem er auf Erfüllung des Valutageschäftes gerichtet ist, und Kläger in dieser Beziehung den vertragsmäßigen Standpunkt der Cedentin innehalten muß. Also nach der materiell-rechtlichen Seite hin ist das Berufungsurteil nicht angreifbar und auch nicht angegriffen worden. Aber auch die erhobenen prozessualen Angriffe erweisen sich nur in einem Punkte berechtigt. Es soll §. 513 Nr. 7 C.P.O. verletzt sein, weil der Berufungsrichter für die vereinbarte Verrechnung der G.'schen Forderung auf die Cessionsvaluta nur die Existenz jener Forderung, nicht aber auch das Einverständnis der Frau G. mit dieser Verrechnung feststelle. Eine Behauptung des Klägers, daß dieses Einverständnis gefehlt habe, ist zunächst in dieser Bedeutung von dem Berufungsrichter gar nicht registriert worden; ein gesetzliches Erfordernis für die Schulübernahme und Verrechnung auf die Cessionsvaluta war jenes Einverständnis der Frau G. aber nicht. Durch die vereinbarte Verrechnung der G.'schen Forderung auf die Cessionsvaluta vollzog sich nur unter den unmittelbaren Cessionskontrahenten ein Vertrag, und — selbst vom Gesichtspunkte einer Anweisung aus — hatte eine Annahme- und Beitrittserklärung der angewiesenen Gläubigerin nur Einfluß für die Wirkung der Anweisung als Cession oder Delegation. Hiervon ist hier überall aber nicht die Rede; es kommt nur ausschließlich in Betracht das Rechtsverhältnis der ursprünglichen Kontrahenten, und für dieses ist die Einwilligung der Gläubigerin ohne Einfluß. Der Berufungsrichter war daher nicht verpflichtet, auf dieses Moment näher einzugehen, für welches er aber in dem Thatbestande die Angabe der Beklagten registriert, daß die

Schulbüchernahme in ihrem Interesse gelegen, weil sie wieder Gläubigerin der Frau G. gewesen, und die eidliche Aussage der Frau G., daß sie sich mit der Berechnung ihrer Forderung einverstanden erklärt habe.

Es kann der Revision ferner zugegeben werden, daß das Protokoll über die mündliche Verhandlung vom 19. Februar 1885 nicht ganz chronologisch richtig redigiert ist, wenn darin die mündliche Verhandlung der Parteien zur Sache, als vor der in dem Termine erfolgten Beweisaufnahme gesehen, registriert ist, während doch nach dem natürlichen Verlaufe des Verfahrens die Beweisaufnahme vor der Verhandlung der Parteien stattgefunden hat, da sich diese nach §. 258 C.P.D. mit auf das Ergebnis der Beweisaufnahme erstreckt. Allein an sich ist es schon klar, daß diese Berrückung der Reihenfolge nur in einer ungenauen Redaction des Sitzungsprotokolles ihren Grund hat und der Wirklichkeit des stattgehabten Verfahrens nicht entspricht. Jedenfalls hätte der in dem Termine anwesende Vertreter des Klägers nach beendeter Beweisaufnahme das Wort verlangen und Widerspruch erheben sollen, wenn in Wirklichkeit, was aber gar nicht anzunehmen, die mündliche Verhandlung vor der Beweisaufnahme stattgefunden hätte. Der Termin war zur Beweisaufnahme und zur mündlichen Verhandlung anberaumt; also war die letztere für die Rüge des angeblichen Formfehlers die nächste mündliche Verhandlung. Da eine Rüge nicht erhoben ist, so wäre, selbst wenn ein prozessualer Formfehler vorläge, das Rügerecht nach §. 267 C.P.D. erloschen.

Dagegen ist es richtig, daß der Berufungsrichter die Aussagen der in dem Termine zur mündlichen Verhandlung am 8. Dezember 1884 vernommenen Zeugen zum Protokolle nicht festgestellt hat (§. 147 C.P.D.), daß solches vielmehr erst in dem Thatbestande seines am 26. Februar 1885 verkündeten Urtheiles geschehen ist, und zwar nach vorgängiger mündlicher Verhandlung im Termine vom 19. Februar 1885 vor einem zum Theil anders zusammengesetzten Richterkollegium, als vor welchem die Zeugenvernehmung und die mündliche Verhandlung in dem Termine vom 8. Dezember 1884 stattgefunden hat. Dieses Verfahren wird von der Revision mit Recht, als dem Gesetze widersprechend, gerügt.

Aus dem Principe der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und freien Beweiswürdigung folgt die — im §. 320 a. a. O. aufgestellte — Regel, daß die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte erfolgt, sodaß die Beweisaufnahme vor einem Mitgliede des Prozeßgerichtes oder vor

einem anderen Gerichte die Ausnahme bildet. Die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen müssen, die Vernehmung mag vor dem ersuchten oder beauftragten Richter oder vor dem Prozeßgerichte erfolgen, durch ein Protokoll festgestellt werden (§§. 146. 151. 327. 340 C.P.D.). Von dieser Regel gestattet der §. 147 C.P.D. eine Ausnahme und befreit von der Feststellung durch das Protokoll, wenn die Vernehmung vor dem Prozeßgerichte erfolgt und das Endurteil — wie in dem vorliegenden Falle — der Berufung nicht unterliegt. Es genügt dann die Bemerkung, daß die Vernehmung stattgefunden hat. Diese letztere Vorschrift hat der Berufungsrichter in dem Protokolle vom 8. Dezember 1884 erfüllt, die Protokollierung der Zeugenaussagen aber sowohl in dem Sitzungsprotokolle, als in einer Anlage desselben unterlassen. Es kann nun zugegeben werden, daß nicht jede Unterbrechung und Vertagung der mündlichen Verhandlung, in welcher die Vernehmung der Zeugen erfolgt ist, zu einer Protokollierung der Zeugenaussagen nötigt und die Anwendung des §. 147 C.P.D. ausschließt — die Grenze muß eine verständige Leitung der Verhandlung finden — aber soviel steht fest und folgt aus dem Prinzipie der Unmittelbarkeit und der freien Beweiswürdigung, daß das Urteil gefällt werden muß von demjenigen Richterkollegium, vor welchem — ohne Protokollierung — die Beweisaufnahme stattgefunden hat. In dieser Beziehung muß eine Kontinuität des Verfahrens stattfinden und das Resultat der Beweisaufnahme, statt durch die Schrift, durch das Gedächtnis der Richter und der Vertreter der Partei fixiert und zum Thatbestande des Urtheiles gebracht werden. Mit einem Worte, das Gesetz hat eine Vernehmung der Zeugen vor dem „erkennenden“ Gerichte im Sinne, insofern es die Wissenschaft des Kollegiums durch eigenes Hören an die Stelle des Protokollierens setzt. Wenn nun auch in diesem Falle — wie in jedem anderen — die Parteien über das Ergebnis der Beweisaufnahme unter Darlegung des Streitverhältnisses zu verhandeln haben, und wenn hierbei auch die nicht protokollierte Zeugenaussage ihren Platz findet, so dient doch in diesem Falle die eigene Wissenschaft der Richter als einzige Kontrolle für die Richtigkeit des Vortrages, während sonst das Ergebnis auf Grund der Beweisverhandlungen dargelegt und kontrolliert wird (§. 258 C.P.D.). Diese Kontrolle fehlt aber und ist nicht zu ergänzen, wenn das erkennende Gericht anders zusammengesetzt ist, als das Gericht, vor welchem — ohne Beurkundung — die Beweisaufnahme statt-

gefunden hat. Die Wissenschaft wohnt dann nicht dem Richterkollegium in seiner Gesamtheit, sondern nur einzelnen Personen desselben inne, und das ist für eine geordnete Rechtsprechung keine genügende Garantie.

Es steht nun aber im vorliegenden Falle fest, daß das Richterkollegium für den Akt der Beweisaufnahme zum Teil anders befehzt war, als das Richterkollegium, welches demnächst das Urteil gesprochen hat. Dadurch ist das Verfahren in seinem fundamentalen Prinzip der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und der freien richterlichen Beweiswürdigung erschüttert, und dieser Mangel führte zur Aufhebung des Berufungsurteiles.“